

**Inhalt und Grenzen
der Föderativklausel des Art. 79, III GG**

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

**Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg**

Vorgelegt von

Axel Elgeti

Gerichtsreferendar aus Berlin

Marburg/Lahn 1968

**Inhalt und Grenzen
der Föderativklausel des Art. 79, III GG**

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg



Vorgelegt von

Axel Elgeti

Gerichtsreferendar aus Berlin

Marburg/Lahn 1968



Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissen-
schaftlichen Fakultät angenommen am: 8. Juli 1968

Berichterstaater: Professor Dr. Hoffmann
Mitberichterstaater: Professor Dr. Herrfahrdt

Tag der mündlichen Prüfung 11. Juli 1968

Gedruckt mit Unterstützung des Marburger Universitätsbundes

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Gliederung	I
Schrifttumsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXXVII
Inhalt und Grenzen der Föderativklausel des Art. 79, III	1-115
Zusammenfassung	116
Lebenslauf	



Digitized by the Internet Archive
in 2026

	Seite
Einleitung	1
§ 1 Das Verfassungsabänderungsverbot	3
I Grundsätzliches	3
1. Rechtscharakter des Art. 79,III	3
a) Bedenken aus dem Wesen des Rechts	3
b) Art. 79,III als politisch-moralisches Gebot	4
c) Art. 79,III als Selbstbindung des Verfassungsgebers	6
d) Art. 79,III als Bindung des Verfassungsgesetzgebers	8
2. Verfassungsmäßigkeit des Art. 79,III	9
II Bedeutung und Abänderbarkeit des Art. 79,III	11
1. Rechtsnatur des Art. 79,III	11
a) deklaratorische Bedeutung	11
b) Mischtatbestand	11
c) konstitutive Bedeutung	12
2. Abänderbarkeit des Art. 79,III	14
a) Argumente für eine Abänderbarkeit	14
b) Argumente gegen eine Abänderbarkeit	15
§ 2 Methodische Überlegungen und Gang der Untersuchung	17
I Überlegungen zur Interpretationsmethode	17
1. Notwendigkeit einer Interpretation	17
a) Begriff des Landes im GG	17
b) Begriff der Grundzüge des Bundesstaates im GG	18

II

2.	Interpretationsmethoden	19
a)	wissenschaftliche Methoden im Allgemeinen	19
b)	rechtswissenschaftliche Methoden	20
c)	Methoden der Verfassungsinterpretation	21

II.	Verfassungsrechtliches Vorverständnis und Gang der Untersuchung	24
-----	---	----

1.	Vorverständnis	24
a)	Allgemeines	24
b)	im einzelnen	24
2.	Gang der Untersuchung	25
a)	Bedeutung der Rechtsfälle	25
b)	Gang der Untersuchung	25

§ 3	Der materiale Inhalt des Art. 79, III A	27
-----	---	----

I	Das Verhältnis der beiden Halbsätze zueinander	27
---	--	----

1.	Doppelter Schutz des Bundesstaates durch Art. 79, III	27
2.	Bundesstaatsgarantie nur gemäß Art. 79, III A	28
a)	genetische Argumente	28
b)	funktionale Argumente	30
3.	Ergebnis	31

II	Landesstaatsgarantie durch Art. 79, III A	32
----	---	----

1.	Die Personalhoheit (Staatsangehörigkeitsfall)	32
a)	formale Voraussetzungen	33
b)	materielle Anforderungen	34

III

aa)	Verstoß gegen die auswärtige Gewalt des Bundes	34
bb)	Bedenken wegen des Adressatenkreises	35
cc)	Bedenken aus Bundesstaatsverständnis	36
c)	Ergebnis	37
2.	Territorialhoheit (Fall der Gebietsabtretung)	38
a)	Standpunkt der überwiegenden Meinung	39
b)	Gegenargumente	40
aa)	keine ausdrückliche Regelung	40
bb)	die Regelung des Art. 29, I-VI	41
cc)	die Regelung des Art. 29, VII	42
dd)	die Regelung der territorialen Verfügungsbefugnis	43
c)	Ergebnis	48
3.	Staatsgewalt (Festlandsockelfall)	49
a)	Zuständigkeitsverteilung im GG	49
b)	Verwaltungsbefugnis des Bundes	50
aa)	Möglichkeiten der Verwaltungszuständigkeiten	50
bb)	Art. 29 als Grundlage einer vorübergehenden Befugnis	52
cc)	Die bundesstaatliche Ordnung als Grundlage	54
dd)	Bedenken gegen eine Länderzuständigkeit	55
c)	Ergebnis	57
4.	Staatsgarantie durch Art. 79, III A, a)	57
a)	Garantie der Länder als Staaten	57
b)	Inhalt der Staatsgarantie	62

IV

III	Garantie eines föderativen Organs durch Art. 79, III A, b)	65
1.	Inhalt des Begriffes Gesetzgebung	65
a)	Doppelfunktion des Begriffes	65
b)	nur Bundesgesetzgebung	65
2.	Inhalt des Begriffes Mitwirkung	69
a)	Struktur des föderativen Organs	69
b)	Qualität des Mitwirkungsrechtes	72
c)	Umfang des Mitwirkungsrechtes	73
§ 4	Grenzen der Bundeskompetenz-Kompetenz	76
I	Verhältnis des Art. 79, III A zur Kompetenz-Kompetenz	76
1.	Das Entziehungsproblem bei den Rechtsfällen zu § 3	76
a)	Personalhoheit	76
b)	Territorialhoheit	77
c)	Staatsgewalt	78
2.	Entzug der Kompetenzen aus dem Landesstaatsbereich	80
a)	Begriff des "Berührens"	80
b)	bisherige Auffassungen zur Grenze des Kompetenzentzuges	81
II	"Wesenskern" der Landesstaatlichkeit	85
1.	Analoge Anwendung des Art. 19, II	85
a)	unterschiedlicher Adressatenkreis	85
b)	unterschiedliche Geltungsstufen der Normen	86
2.	Wesensgehalt im Sinne des Art. 19, II	87

a)	bisherige Auffassungen von Literatur und Rechtsprechung	87
b)	Übertragung auf die Landesstaatlichkeit	88
3.	Anwendung der Erkenntnisse	91
III	Anwendbarkeit des Übermaßverbotes beim Kompetenzzug	92
1.	Nachweis des Übermaßverbotes im Verfassungsrecht	92
a)	Standort des Übermaßverbotes in Lehre und Rechtsprechung	93
aa)	Dürig	93
bb)	Forsthoff	94
cc)	BVerfG	95
b)	Standortbestimmung des Übermaßverbotes nach Lerche	96
aa)	allgemeine Grundlage in der "dirigierenden" Verfassungsschicht	96
bb)	differenzierte Geltungsweise des Übermaßverbotes	97
cc)	Übertragbarkeit der Grundsätze auf das staatliche Organisationsrecht	98
2.	Bindung des Verfassungsgesetzgebers an das Übermaßverbot	99
a)	ablehnende Auffassungen	99
b)	eigener Standpunkt	102
3.	Anwendung des Übermaßverbotes beim Kompetenzzug	104
a)	vollständiger Entzug eines Aufgabenbereichs	104
b)	teilweiser Entzug eines Aufgabenbereichs	104
c)	Ergebnis	105

VI

§ 5	Grenzen des Art. 79,III	107
I	Staatsnotrecht und Art. 79,III	107
1.	Bindung der Notstandsregelungen an Art. 79,III	108
a)	Auffassungen unter der RV und WRV	108
b)	Auffassungen unter dem GG in der juristischen Literatur	108
c)	Auffassungen in der politischen Diskussion	110
2.	Eigener Standpunkt	110
a)	Art. 115 c RE als Verstoß gegen das Übermaßverbot	110
b)	Geltung des Art. 79,III im Staatsnotstandsrecht	111
c)	Art. 115 c RE als Verstoß gegen Art. 79,III	112
II	Wiedervereinigung und Art. 79,III	113
1.	Das Wiedervereinigungsgebot des GG	113
2.	Verbindlichkeit des Art. 79,III für eine gesamtdeutsche Verfassung	113
a)	bei Wiedervereinigung nach Art. 146	114
b)	bei Wiedervereinigung nach Art. 23	114
c)	bei anderen Wiedervereinigungstatbeständen	115
	Zusammenfassung	116

Schrifttumsverzeichnis

=====

- | | |
|-----------------------------------|--|
| Abendroth, Wolfgang | Deutsche Einheit und europäische Integration in der Präambel des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland
in: EA 1951,4385 |
| ders. | Zwiespältiges Verfassungsrecht in Deutschland
in: AöR 76,1 ff |
| Achterberg, Norbert | Die Enteignungshoheit für Bundesbahnzwecke als stillschweigende Verwaltungszuständigkeit des Bundes
in: DÖV 64,612 ff |
| ders. | Die Annex-Kompetenz
in: DÖV 66,695 ff |
| ders. | Zulässigkeit und Schranken stillschweigender Bundeszuständigkeiten im gegenwärtigen deutschen Verfassungsrecht
in: AöR 86,63 ff |
| Adamovich-Spanner | Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts
Wien, 5. Auflage 1957 |
| Allgemeiner
Redaktionsausschuß | Drucksachen des Allgemeinen Redaktionsausschusses
Bonn 1948/1949
zit.: ARA Drs. |

VIII

- Anschütz, Gerhard Das System der rechtlichen Beziehungen zwischen Reich und Ländern
in: HdbDStR Bd.I S.295 ff
- ders. Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919, Kommentar
Berlin, 14. Auflage 1933
- Apelt, Willibalt Betrachtungen zum Bonner Grundgesetz
in: NJW 49,481 ff
- ders. Zum Begriff Föderalismus
in: Festgabe für Erich Kaufmann
Stuttgart, Köln 1950 S.1 f.
- Arnold, Hans J. Der Begriff der Verfassungsänderung
Berlin 1932
- Sachhof, Otto Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Tübingen
Bd.1 3.Auflage 1966
zit.: Verfassungsrecht
- ders. Verfassungswidrige Verfassungsnormen ?
Tübingen 1951
- ders. Freiheit des Berufs
in: Die Grundrechte Bd.III, 1 S. 155 ff
- ders. Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts
in: JZ 58,468

- ders. Die Rechtsprechung des Bundes-
verwaltungsgerichts
(BVerwG Bd.1-3)
in: JZ 57,334 ff
- Badura, Peter Die Methoden der neueren
allgemeinen Staatslehre
Erlangen 1959
- Bäumlin, Richard Staat, Recht und Geschichte
Zürich 1961
- Barbey, Günther Bundesrecht bricht Landes-
recht
Eine Betrachtung zu den Kom-
mentierungen des Art.31 GG in
den Kommentaren von v.Mangoldt-
Klein und Maunz-Dürig
in: DÖV 60,566 ff
- Bayer,
Hermann Wilfried Die Bundestreue
Tübingen 1961
- Berber, Friedrich Lehrbuch des Völkerrechts
Bd.I Allgemeines Friedensrecht
München, Berlin 1960
- Berzel, Karl Der Begriff der Grenzberichti-
gung im völkerrechtlichen
Sinn. Zur vorgesehenen Abtre-
tung des Mundatwaldes an
Frankreich
in: NJW, 63,785 ff
- Bleibaum, Ernst August Das Verfassungsminimum im
Bonner Grundgesetz (Artikel
79,III)
(Diss.Masch.-Schrift)
Hamburg 1951

- | | |
|-------------------------|--|
| Bonner Kommentar | Kommentar zum Bonner Grundgesetz, unter Mitarbeit von H.J.Abraham u.a.
1. Bearbeitung Hamburg bis 1964
zit.: BK und Bearbeiter |
| Brie, Siegfried | Theorie der Staatenverbindungen
Breslau 1886 |
| Bullinger, Martin | Mineralölfernleitungsgesetz
Gesetzeslage und Gesetzgebungskompetenz mit einem
Gesetzentwurf
Stuttgart 1962 |
| Cordova | Diskussionsbeitrag
68 th meeting 14.July 1950
in: YILC 1950,1 S.228 |
| Curtius, Carl Friedrich | Die Schranken der Änderung
des Grundgesetzes
Köln 1953 (Diss.Masch.-Schrift) |
| ders. | Die Verfassungsnovelle vom
26.März 1954 und die Schranken
der Verfassungsrevision
in: DÖV 54,705 ff |
| Dahm, Georg | Völkerrecht Bd.I 1958
Stuttgart |
| Denninger, Erhard C. | Zum Begriff des "Wesensgehaltes" in der Rechtsprechung
(Art. 19,II GG)
in: DÖV 60,812 ff |

- | | |
|------------------------------|---|
| Dernedde, Carl | Bund und Länder
in: DV 49,315 ff |
| von Doemming,
Klaus Berto | Entstehungsgeschichte der
Artikel des Grundgesetzes
(Art. 50)
in: JöR NF 1,379 f |
| Draht, Martin | Die staatsrechtliche Stellung
Berlins
in: AöR 83,27 ff |
| Drews, Bill | Allgemeines Polizeirecht
bearbeitet von Gerhard Wacke
Berlin 7. Auflage 1961
zit.: Drews-Wacke |
| Dürig, Günther | Art.2 des Grundgesetzes und
die Generalermächtigung zu
allgemeinen polizeilichen
Maßnahmen
AöR 79,57 ff |
| ders. | Formale Probleme des Aus-
führungsgesetzes zu Art.107 GG
in: DÖV 54,37 ff |
| ders. | Der Grundrechtssatz von der
Menschenwürde. Entwurf eines
praktikablen Wertsystems der
Grundrechte aus Art.1,I in
Verbindung mit Art.19,II des
Grundgesetzes
in: AöR 81,117 ff |
| von Egloffstein,
Winfried | Die Entwicklung der Neugliede-
rungsfrage in Deutschland un-
ter besonderer Berücksichti-
gung ihrer verfassungsrechtli-
chen Probleme (Diss.)
München 1957 |

- | | |
|--------------------|---|
| Ehard, Hans | Das Verhältnis zwischen Bund und Ländern und der Bundesrat
in: BayVerwBl 61,1 ff |
| Ehmke, Horst | Grenzen der Verfassungsänderung
Berlin 1953 |
| ders. | Prinzipien der Verfassungsin-
terpretation
in: VVDStRL 20, 53 ff |
| ders. | Wirtschaft und Verfassung,
Verfassungsrechtsprechung des
Suprem Court zur Wirtschafts-
regulierung
Karlsruhe 1961 |
| Ellwein, Thomas | Das Regierungssystem der Bun-
desrepublik Deutschland,
Leitfaden und Quellenbuch
Köln-Opladen 1963 |
| Engisch, Karl | Einführung in das juristische
Denken
Stuttgart 3.Auflage 1964 |
| Esser, Josef | Grundsatz und Norm in der
richterlichen Rechtsfortbil-
dung des Privatrechts
Tübingen 1956 |
| Evers, Hans Ulrich | Die perfekte Notstandsverfas-
sung, Kritische Betrachtungen
zum Entwurf des Rechtsausschus-
ses des Bundestages
in: AöR 91,1 ff |

XIII

- | | |
|------------------------|---|
| Flechtheim, Ossip K. | Bund und Länder in der Sicht
der Parteien
in: Bund und Länder S.22 ff
Berlin 1959 |
| Flor, Georg | Fragen des Ausnahme- und
Staatsnotrechts
in: JR 54,125 ff |
| ders. | Staatsnotstand und rechtliche
Bindung
in: DVBl 58,149 ff |
| Folz, Hans-Ernst | Staatsnotstand und Notstands-
recht
Köln, Berlin, Bonn, München
1962 |
| Forsthoff, Ernst | Über Maßnahmegesetze
in: Gedächtnisschrift für
Walter Jellinek, S.221 ff
München 1955 |
| ders. | Die öffentliche Körperschaft
im Bundesstaat
Tübingen 1931
zit.: Körperschaft |
| ders. | Die Umbildung des Verfassungs-
gesetzes
in: Festschrift für Carl
Schmitt, S.35 ff
Berlin 1959 |
| Füßlein, Rudolf Werner | Entstehungsgeschichte der
Artikel des Grundgesetzes
(Art. 79)
in: JÖR NF 1,573 f. |

XIV

- Fuß, Ernst-Werner Richterliche Prüfungszuständigkeit nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.Mai 1949
(Diss.Masch.-Schrift)
Hamburg 1950
- Gaa, Hartmut Georg Die Stellung einer Zweiten Kammer in Bundesstaaten (Diss.)
Köln 1961
- Gadamer, Hans Georg Wahrheit und Methode
Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik
Tübingen 1960
- Geiger, Willy Bedeutung und Funktion des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland
in: BayVerwBl 64,65 ff.
- Giacometti, Zaccaria Schweizerisches Bundesstaatsrecht
Zürich 1949
- Giese, Friedrich Gebiet und Gebietshoheit
in: HdbDStR Bd.I, S.225 ff.
- Giese-Schunck Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,
Kommentar, bearbeitet von Friedrich Giese und Egon Schunck
Frankfurt/Main 6.Auflage 1962
- Glaesner, Hans-Jochen Übertragung rechtsetzender Gewalt auf internationale Organisationen in der völkerrechtlichen Praxis
in: DÖV 59,653 f.

- | | |
|-------------------|--|
| Glum, Friedrich | Die rechtlichen Voraussetzungen,
das Verfahren und die Folgen
der Neugliederung von Ländern
nach dem Grundgesetz
in: Die Bundesländer, Beiträge
zur Neugliederung des Bundes-
gebietes S.171 ff
Frankfurt/Main 1950 |
| Goessl, Manfred | Organisationsstreitigkeiten
innerhalb des Bundes
Berlin 1961 |
| Grau, Richard | Die Diktaturgewalt des Reichs-
präsidenten
in: HdbDStR Bd.II S.274 ff. |
| Grewe, Wilhelm | Das bundesstaatliche System
des Grundgesetzes
in: DRZ 49,349 ff |
| Gross, Rolf | Selbstkoordinierung der Länder
in: NJW 66,1488 f |
| Gross, Werner | Die Entwicklung des öffent-
lichen Rechts
in: DVBl 57,88 |
| Grundsatzausschuß | Stenographische Protokolle
der Sitzungen des Grundsatz-
ausschusses
Bonn 1948/1949
zit.: GA Stenoprot. |
| Gutmann, Egbert | Die Konstituante nach dem
Grundgesetz für die Bundes-
republik Deutschland (Diss.)
Würzburg 1965 |

- Häberle, Peter Die Wesensgehaltsgarantie des
Art. 19,II Grundgesetz
Karlsruhe 1962
- Haegert, Wilhelm Organe der Länder auf
Bundesebene?
in: NJW 61,1137 ff.
- Hamann, Andreas Das Grundgesetz für die Bundes-
republik Deutschland vom
23.Mai 1949. Ein Kommentar für
Wissenschaft und Praxis.
Berlin 2.Auflage 1961
- ders. Zur Frage eines Ausnahme- und
Staatsnotstandsrechtes
in: DVBl 58,405 ff
- Hamel, Walter Das Recht zur freien Berufs-
wahl
in: DVBl 58,37
- Hamm, Ludwig Die ausdrücklichen Schranken
der Verfassungsänderung im
Bonner Grundgesetz
(Verfassungstheoretische Be-
trachtungen zu Art.79,III
Bonner Grundgesetz)
(Diss.Masch.-Schrift)
Mainz 1952.
- Harbich, Jürgen Der Bundesstaat und seine
Unantastbarkeit
Berlin 1965
- Hartwig, Werner Die methodologische Bedeutung
von Rechtsfällen für die Be-
handlung rechtswissenschaft-
licher Probleme
in: Jus 67,49 ff

Haug, Hans

Die Schranken der Verfassungsrevision
Das Postulat der richtigen
Verfassung als normative
Schranke der souveränen verfassungsgebenden Gewalt
(Betrachtung zum Wiederaufbau
einer materialen Rechtslehre)
Zürich 1947

Hauptausschuß

Stenographische Berichte der
Verhandlungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates
Bonn 1948/1949
zit.: Verhandlungen HA

von Herrnritt,
Rudolf Hermann

Die Staatsform als Gegenstand
der Verfassungsgesetzgebung
und Verfassungsänderung
Tübingen, Leipzig 1901

Held, Kurt

Kann der Südweststaat aufgrund
des Art.29 des Grundgesetzes
beseitigt werden?
in: DÖV 54,737 ff.

Henke, Wilhelm

Die verfassungsgebende Gewalt
des deutschen Volkes
Stuttgart 1957

Herrmann, Ingrid

Die föderalistische Bestands-
garantie (Art.79,III) in ihrer
Auswirkung auf die auswärtige
Vertragskompetenz der Länder
(Art.32,III)
(Diss. Masch.-Schrift)
Würzburg 1961

- | | |
|-----------------------|--|
| Herzog, Roman | Bundes- und Landesstaatsgewalt im demokratischen Bundesstaat
in: DÖV 62,81 ff. |
| ders. | Zwischenbilanz im Streit um die bundesstaatliche Ordnung
in: Jus 67,193 ff |
| Hesse, Konrad | Ausnahmезustand und Grundgesetz
in: DÖV 55,741 ff. |
| ders. | Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustandes
in: JZ 60,105 ff |
| ders. | Der unitarische Bundesstaat
Karlsruhe 1962
zit.: Bundesstaat |
| ders. | Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland
Karlsruhe 1967
zit.: Grundzüge |
| Hildesheimer, Walther | Über die Revision moderner Staatsverfassungen. Eine Studie über das Prinzip der Starrheit und die Idee eines pouvoir constituant in den heutigen Verfassungen
Tübingen 1918 |
| von Hippel, Ernst | Das richterliche Prüfungsrecht
in: HdbDStR Bd.II, S.546 ff |
| Hoffmann, Gerhard | Die Staatsangehörigkeit in den deutschen Bundesländern
in: AöR 81, 300 ff. |

- Hoffmann, Gerhard Das Verhältnis des Rechts der europäischen Gemeinschaften zum Recht der Mitgliedstaaten
in: DÖV 67, 433 ff.
- ders. Staats- und völkerrechtliche Möglichkeiten der Wiedervereinigung
in: Was soll aus Deutschland werden? Herausg. von L. Froese
München 1968
zit.: Deutsche Frage
- ders. Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht
Frankfurt, Berlin 1962
- Huber, Ernst Rudolf Quellen zum Staatsrecht der Neuzeit, Bd. II
Tübingen 1951
- Jaeger, Richard Die Neugliederung des Bundesgebietes nach Art. 29 des Grundgesetzes
in: Festschrift für Nawiasky
München 1956
- Ipsen, Hans Peter Über das Grundgesetz
Hamburg 1950
- ders. Das Grundgesetz in seiner Vorläufigkeit
in: Recht, Staat, Wirtschaft
Bd. II (1950)
- Jaenike, Günther Staatenverbindungen
in: HDSW Bd. 9 S. 729 f
Stuttgart, Tübingen, Göttingen
1956
- Jahrreis, Herrmann Das System des deutschen Verfassungsrechts in Tafeln und Übersichten
Tübingen 1930

- Jellinek, Georg Allgemeine Staatslehre
Darmstadt 3.Aufl., 6. Neudruck
1959
- ders. System der subjektiven öffent-
lichen Rechte
Tübingen 2. Auflage 1919
zit.: System
- Jellinek, Walter Grenzen der Verfassungsge-
setzgebung
Berlin 1931
zit.: Grenzen
- ders. Rechtsfragen der Neugliederung
des Südwestraumes
in: DRZ 49, 535
- Jerusalem, Franz W. Zentralismus und Föderalismus
in: Festgabe für Wilhelm
Laforet S. 37 ff
München 1952
- Jesch, Dietrich Gesetz und Verwaltung
Eine Problemstudie zum Wandel
des Gesetzmäßigkeitsprinzips
Tübingen 1961
- Jeselson, Sigmund Begriff, Arten und Grenzen der
Verfassungsänderung
Heidelberg 1929
- Kaiser, Gerhard Zur Ableitung des Verfassungs-
prinzips des "bundesfreund-
lichen Verhaltens" aus dem
Begriff des Bundesstaates
in: DÖV 61, 653 ff.

- Kaiser, Joseph Die Erfüllung völkerrechtlicher Verträge des Bundes durch die Länder. Zum Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts
in: Z.ausl.öff.RVR 18,526 ff.
- Kägi, Werner Rechtsstaat und Demokratie (Antionomie und Synthese)
in: Festschrift für Zaccaria Giacometti S.107 f.
Zürich 1953
- Kelsen, Hans Reine Rechtslehre
Wien, 2.Aufl. 1960
zit.: Reine Rechtslehre
- ders. Allgemeine Staatslehre
Berlin 1925
- Klein, Friedrich Bonner Grundgesetz und die Wiedervereinigung Deutschlands
Gedächtnisschrift für Walter Jellinek 119 ff.
München 1955
- ders. Von der föderativen zur stärker unitarischen Gestaltung des Finanzwesens in der Bundesrepublik Deutschland
in: Festschrift für Friedrich Giese S.61 ff
Frankfurt/Main 1953
- Koellreutter, Otto Deutsches Staatsrecht
Stuttgart, Köln 1953
- Kölble, Josef Bundesstaat und Festlandsockel.
Zur verfassungsrechtlichen Problematik des Schelfs vor der deutschen Nordseeküste
in: DÖV 64,217 ff.

- ders. Finanzreform und Bundesstaats-
prinzip
in: DÖV 67,1 ff
- ders. "Gemeinschaftsaufgaben" der
Länder und ihre Grenzen
in: NJW 62, 1081
- Ders. Zur Lehre von den -still-
schweigend- zugelassenen Ver-
waltungszuständigkeiten des
Bundes
in: DÖV 63,660 ff.
- ders. Verwaltungsabkommen zwischen
Bund und Ländern
in: DÖV 60,650 f.
- Köttgen, Arnold Zur Diskussion über das kon-
junktur-politische Instrumen-
tarium des Bundes gegenüber
Ländern und Gemeinden
in: AfK 5,3 ff.
- Kowno, Gerhard Kooperativer Föderalismus und
Gemeinschaftsaufgaben
in: DÖV 66,368
- Kratzer, Jakob Die Mainzer Fernsehanstalt.
Ein Beitrag zum Problem der
Gemeinschaftseinrichtungen der
Länder
in: DVBl 63,309 ff
- ders. Lutherausschuß beendet seine
Arbeit
in: Bay.Verw.Bl. 55,145 f

- | | |
|-------------------|---|
| Kreutzer, Heinz | Bund und Länder in der Bundesrepublik
in: Bund und Länder
Berlin 1959 |
| Krüger, Herbert | Allgemeine Staatslehre
Stuttgart 1964 |
| ders. | Diskussionsbeitrag
in: VVDStRL 19, 158 |
| ders. | Verfassungsänderung und Verfassungsauslegung
in: DÖV 61, 721 ff |
| ders. | Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des Art. 19, 1 GG
in: DÖV 55, 597. |
| Küchenhoff, Erich | Tatbestand und Praxis des § 92 StGB und das Wiedervereinigungsgebot des GG
in: NJW 60, 221 f. |
| Kunz, Josef, L. | Die Staatenverbindungen
in: Handbuch des Völkerrechts Bd. II, 4. Abt.
herausgegeben von Fritz Stier-Somlo
Stuttgart 1929 |
| Laband, Paul | Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. I
5. Auflage 1911 |
| Larenz, Karl | Das Problem der Rechtsgeltung
Berlin 1929 |

- ders. Methodenlehre der Rechtswissenschaft
Berlin, Göttingen, Heidelberg
1960
- Lassar, Gerhard Gegenwärtiger Stand der Aufgabenverteilung zwischen Reich und Ländern
in: HdbDStR Bd.I, 312 ff
- Laux, Joachim Bedeutung und Inhalt der Grenzen der Grundgesetzänderung nach Art. 79, III des Bonner Grundgesetzes
(Diss. Masch.-Schrift)
Kiel 1956
- Lerche, Peter Föderalismus und nationales Ordnungsprinzip
in: VVDStRL 21, 66 ff
- ders. Übermaß und Verfassungsrecht
Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit
Köln, Berlin, Bonn, München
1961
- ders. Prinzipien der Verfassungsinterpretation
in: VVDStRL 20, 53 ff
- Lex, Hans Ritter von Die Entwicklung des Verhältnisses von Bund und Ländern in der Bundesrepublik
in: Festschrift für Wilhelm Laforet S. 51 ff
München 1952

- | | |
|-----------------------|---|
| Loewenstein, Karl | Verfassungsrecht und Verfassungsrealität
Beiträge zur Ontologie der Verfassungen
in: AöR 77,387 ff. |
| ders. | Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung
Berlin 1961
zit.: Wesen und Grenzen |
| Lukas, Josef | Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung in ihrem gegenseitigen Verhältnis im Rechte Deutschlands, Österreichs und der Schweiz
in: VVDStRL 6,25 ff |
| von Mangoldt, Hermann | Das Bonner Grundgesetz, Kommentar
Berlin, Frankfurt 1.Aufl.1953
zit.: v.M. |
| von Mangoldt-Klein | Das Bonner Grundgesetz, Kommentar bearbeitet von Hermann von Mangoldt und Friedrich Klein
Berlin, Frankfurt 2.Aufl.
Ed.I 1957, Ed.II 1964
zit.: vM-K |
| Markus, Franz | Ist Südschleswig ein zum Volksbegehren nach Art.29,II GG berechtigter Gebietsteil
in: AöR 76,290 ff. |
| Maunz, Theodor | Die verfassungsgebende Gewalt im Grundgesetz
in: DÖV 53,645 ff. |

- ders. Pflicht der Länder zur
Uneinigkeit?
in: NJW 62, 1641 ff.
- ders. Starke und schwache Normen
in der Verfassung
in: Festschrift für Wilhelm
Laforet S. 141 ff
München 1952
- ders. Deutsches Staatsrecht
München, Berlin 16. Aufl. 1968
- Maunz-Dürig Grundgesetz, Kommentar
Bearbeitet von Theodor Maunz
und Günter Dürig
1. bis 8. Lieferung
München, Berlin 1966
zit.: Maunz - Dürig
- Meitz, Werner Entstehungsgeschichte der
Artikel des Grundgesetzes
(Einleitung)
in: JÖR NF 1, 1 f.
- Menzel, Eberhard Der deutsche Festlandsockel
an der Nordsee und seine
rechtliche Ordnung
in: AÖR 90, 1 ff
- ders. Falsche staats- und völker-
rechtliche Thesen zur Wieder-
vereinigung
in: Bl für deutsche und inter-
nationale Politik 1959, 707 ff
- Meyer, Georg Lehrbuch des Deutschen Staats-
rechts, bearbeitet von
Gerhard Anschütz
München, Leipzig 7. Aufl. 1919
zit.: Meyer-Anschütz

- | | |
|----------------------|---|
| ders. | Lehrbuch des Deutschen
Staatsrechts
5. Auflage 1899 |
| Meyer-Arndt, Lüder | Rechtsfragen der Grundgesetz-
änderung
in: AÖR 82, 275 ff |
| Morgenstierne, Bredo | Das Staatsrecht des König-
reichs Norwegen
Tübingen 1911 |
| von Münch, Ingo | Die Ausnutzung des Festland-
sockels vor der deutschen
Nordseeküste
in: AV, 11, 393 ff. |
| Mosler, Hermann | Die auswärtige Gewalt im Ver-
fassungssystem der Bundes-
republik Deutschland
in: Festgabe für Carl Bil-
finger S. 243
Köln, Berlin 1954 |
| Naviaskey, Hans | Allgemeine Rechtslehre
Einsiedeln, Köln, Zürich
2. Auflage 1948
zit.: Allgemeine Rechtslehre |
| ders. | Der Bundesstaat als Rechts-
begriff
Tübingen 1920
zit.: Bundesstaat |
| ders. | Grundgedanken des Grundge-
setzes für die Bundesrepublik
Deutschland
Stuttgart, Köln 1950
zit.: Grundgedanken |

- Nawiasky-Leusser Die Verfassung des Freistaates
Bayern vom 2. Dezember 1946.
Systematischer Überblick und
Handkommentar
bearbeitet von Hans Nawiasky
und Claus Leusser
München, Berlin 1948
- Nef, Hans Materielle Schranken der
Verfassungsrevision
in: Z.f.schwR Bd.61 (1942)
S.108 ff
- Organisationsausschuß Stenographische Protokolle
der Sitzungen des Organisa-
tionsausschusses
Bonn 1948/1949
zit.: Org.Aussch. Stenoprot.
- Parlamentarischer Rat Entwürfe für ein Grundgesetz
Bonn 1948/1949
zit.: PR Entwürfe
- ders. Schriftlicher Bericht zum Ent-
wurf des Grundgesetzes
Bonn 1948/1949
zit.: PR Bericht
- ders. Stenographische Berichte der
Sitzungen des Plenums
Bonn 1948/1949
zit.: Stenober.
- Pathe, Karl Die Ausführung der Bundes-
gesetze
in: DVBl. 51,681

- Peters, Hans Entwicklungstendenzen der
Demokratie in Deutschland
seit 1949
in: Festgabe für Zaccaria
Giacometti S.229 f
Zürich 1953
- ders. Literaturschau. Rezension der
Staats- und Verwaltungsrecht-
lichen Beiträge
in: AöR 83,473 ff
- ders. Verfassungsmäßigkeit des Ver-
botes der Beförderung von
Massengütern im Fernverkehr
auf der Straße
Bielefeld 1954
- Poetsch-Heffner, Fritz Handkommentar der Reichs-
verfassung vom 11.8.1919.
Ein Handbuch für Verfassungs-
politik
Berlin 3.Auflage 1928
- Rosin, Heinrich Souveränität, Staat, Gemeinde,
Selbstverwaltung. Kritische
Begriffsstudien
in: Hirths Annalen, 1883
S. 365 ff
- Rümelin, Max Die bindende Kraft des Ge-
wohnheitsrechtes und ihre
Begründung
Tübingen 1929

- Schäfer, Hans Ist der Südweststaat bei der Neugliederung des Bundesgebiets nach Art.29 Abs.I bis VI GG insgesamt tabu? Eine Erwiderung und Ergänzung zum Aufsatz Held in Heft 24/54 in: DÖV 55,111
- Schätzel, Walter Die neue rheinisch-pfälzische Verfassung in: DRZ 47, 495 ff
- ders. Grundfragen des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts in: Recht, Staat, Wirtschaft Band 3 1951 S.315 ff
- ders. Staatsangehörigkeit in: Die Grundrechte, Bl.II S.535
- ders. Der heutige Stand des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts in: AöR 81, 265 ff
- Scheuner, Ulrich Art. 146 GG und das Problem der verfassungsgebenden Gewalt in: DÖV 53,581 ff
- ders. Bildungsplanung und ihre Rechtsgrundlagen in: DÖV 65,541 ff
- ders. Die Auswanderungsfreiheit in der Verfassungsgeschichte und im Verfassungsrecht Deutschlands in: Festschrift für Richard Thoma S.199 Tübingen 1949

- | | |
|------------------------|---|
| ders. | Grundfragen des modernen Staates
in: Recht, Staat, Wirtschaft
Band 3 (1951) S.126 ff |
| ders. | Struktur und Aufgabe des Bundesstaates in der Gegenwart
in: DÖV 62,641 ff |
| ders. | Wandlungen im Föderalismus der Bundesrepublik Deutschland
in: DÖV 66,513 ff |
| Schlochau, Hans-Jürgen | Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Gemeinschaften zu den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten
in: AV 11,1 ff |
| Schmid, Camille | Die Natur der Bestimmungen über die Verfassungsrevision Aargau 1959 |
| Schmidt, Walter | Das Verhältnis von Bund und Ländern im demokratischen Bundesstaat des Grundgesetzes
in: AöR 87, 253 ff |
| Schmitt, Carl | Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung
HdbDStR I S.572 ff |
| ders. | Verfassungslehre
Berlin unveränderter Neudruck der 3. Auflage 1957 |

- Schneider, Hans Verträge zwischen Glied-
staaten im Bundesstaat
in: VVDStRL 19, 1 ff
- Schneider, Peter Prinzipien der Verfassungs-
interpretation
in: VVDStRL 20, 1 ff
- Schröcker, Sebastian Ungeschriebenes Verfassungs-
recht im Bundesstaat
Zum 100. Gründungsjahr des
deutschen Bundesstaates
in: Der Staat 5, 137 ff und
315 ff.
- Seidl-Hohenveldern,
Ignaz Der deutsche Festlandsockel
und die Bundesländer
in: Festschrift für Hermann
Jahrreis S. 395 f
Köln, Berlin, Bonn, München
1964
- ders. Le plateau continental de la
république fédérale d'
allemagne
in: Annuaire Française 1964
S. 717 ff
- Seifert-Geeb Das Deutsche Bundesrecht
Systematische Sammlung der
Gesetze und Verordnungen mit
Erläuterungen
bearbeitet u.a. von Abel,
Seifert und Geeb
Baden-Baden 246. Lieferung
1968
zit.: Seifert-Geeb

- | | |
|------------------|--|
| Stern, Klaus | Gesetzesauslegung und Auslegungsgroundsätze des Bundesverfassungsgerichts (Diss.)
München 1957 |
| Tekülve, Ewald | Probleme der Gebietsveränderungen im Bundesstaat
Hamburg 1962 |
| Thoma, Richard | Das Reich als Bundesstaat
in: HdbDStR Bd.I, 169 ff |
| ders. | Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung
in: HdbDStR Bd.II S.221 ff |
| Triepe, Heinrich | Die Kompetenzen des Bundesstaats und die geschriebene Verfassung
in: Festgabe für Paul Laband S.249 ff
Tübingen 1908 |
| ders. | Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reich
Tübingen 1907 |
| Tschira | Bayerische Landesangehörigkeit?
in: BayVerwBl 55,261 ff |
| Usteri, Martin | Theorie des Bundesstaates
Ein Beitrag zur Allgemeinen Staatslehre, ausgearbeitet am Beispiel der schweizerischen Eidgenossenschaft (Diss.)
Zürich 1954 |

- Verdroß, Alfred Völkerrecht
Wien 5.Auflage 1964
- Verfassungsausschuß Bericht über den Verfassungs-
der Ministerpräsidenten- konvent auf Herrenchiemsee
Konferenz vom 10. bis 23.August 1948
München 1948
zit.: Bericht
- Viehweg, Theodor Topik und Jurisprudenz
München 3.Auflage 1965
- Weber, Hans Hugo Die materiellen Schranken für
die Änderung des Bonner Grund-
gesetzes durch Art.79,III GG
(Diss.Masch.-Schrift)
Köln 1954
- Weber, Karl Das Wiedervereinigungsgebot
im Grundgesetz für die Bun-
desrepublik Deutschland vom
23. Mai 1949 (Diss.)
Marburg 1967
- Weber, Werner Die Frage nach der gesamt-
deutschen Verfassung
München, Berlin 1950
zit.: Gesamtdeutsche Ver-
fassung
- ders. Spannungen und Kräfte im west-
deutschen Verfassungssystem
Stuttgart 2. Auflage 1958
zit.: Spannungen
- Wengler, Wilhelm Das neue britische Staatsan-
gehörigkeitsrecht
in: AöR 75 S.26 ff

- | | |
|-----------------------|--|
| Willecke, Raimund | Der Festlandsockel, seine
völkerrechtliche und verfas-
sungsrechtliche Problematik
in: DVBl 66, 461 f |
| von Winterfeld, Achim | Das Potsdamer Abkommen, das
Grundgesetz und die Wiederver-
einigung Deutschlands im
Lichte des Urteils des Bundes-
verfassungsgerichts im KPD-
Prozeß vom 17.August 1956 und
des Memorandums der Bundesre-
gierung vom 2.September 1956
in: EA 1956, 9203 ff |
| Wittmayer, Leo | Schwächen der neuen deutschen
Bundesstaatslehre
in: ZöR 3,503 ff |
| Wolff, Hans Julius | Rechtsgrundsätze und verfas-
sungsgestaltende Grundent-
scheidungen als Rechtsquellen
in: Gedächtnisschrift für
Walter Jellinek S.33 ff
München 1955 |
| ders. | Verwaltungsrecht Band I
München, Berlin 6.Auflage
1965 |
| Zeidler, Karl | Ausführung von Landesgesetzen
durch Bundesbehörden
in: DVBl 60,573 ff |
| Zeidler, Wolfgang | Die Unverbrüchlichkeit der
Grundrechte (Zur Bedeutung
der Art.1, 79,III BGG)
in: DVBl 50,599 ff |

- Zinn - Stein Die Verfassung des Landes
Hessen, Kommentar
herausgegeben von Georg August
Zinn und Erwin Stein
Bad Homburg, Berlin 1. Auflage
1954
- Zinn, Georg August Der Bund und die Länder
in: AöR 75, 291 ff
- Zippelius, Reinhold Das Wesen des Rechts
München 1965
- ders. Problemjurisprudenz und Topik
in: NJW 67, 2229 ff
- Zorn, Philipp Das Staatsrecht des Deutschen
Reiches, Bd. I 1895
Berlin 2. Auflage
- Zülch, Wilhelm Das Verbot von Verfassungs-
änderungen nach dem Bonner
Grundgesetz (Diss.)
Marburg 1957.
- Zwecker, Jochen Die Sezession Katangas und
das Eingreifen der Vereinten
Nationen (Diss.)
Marburg 1967

Abkürzungsverzeichnis

=====

Art.	Artikel
a.A.	anderer Ansicht
Abg.	Abgeordneter
AfK	Archiv für Kommunalwissen- schaft
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARA	Allgemeiner Redaktionsausschuß
AV	Archiv des Völkerrechts
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern vom 2.12.1946
BayVerwBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundes- gerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundes- gerichtshofes in Zivilsachen
BMI	Bundesminister des Innern
BRD	Bundesrepublik Deutschland
Bt	Bundestag
Bund und Länder	Vorträge, gehalten im Winter- semester 1957/58 an der Hoch- schule für Politik, Berlin herausgegeben von Ossip K. Flechtheim, Berlin 1959
BV	Bundesverfassung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union
d.h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Drs.	Drucksache

DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DV	Deutsche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EA	Europa Archiv
Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterungen
etc.	et cetera
FDP	Freie Demokratische Partei
FSG	Gesetz zur vorläufigen Regelung der Rechte am Festlandsockel vom 24.7.1964
GÄG	Gesetz über das Verfahren bei Änderung des Gebietsbestandes der Länder nach Art.29,VII des Grundgesetzes vom 16.3.1965
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949
Grundrechte	Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausgegeben von Bettermann, Neumann +, Nipperdey, Schenner Berlin 1954 - 1967
Grundrechte der RV	Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung Band I, herausgegeben von Hans Carl Nipperday Berlin 1929
HA	Hauptausschuß
HChE	Herrenchiemsee-Entwurf
HDSW	Handbuch der Sozialwissenschaften

HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts Band I und II Tübingen 1930/1932 herausgegeben von Gerhard Anschütz und Richard Thoma
Hess.Verf.	Verfassung des Landes Hessen vom 1.12.1946
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
i.V.m.	in Verbindung mit
i.S.	im Sinne
JöR NF	Jahrbuch des öffentlichen Rechts neue Folge
JR	juristische Rundschau
Jus	juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Komm.	Kommentar
LS	Leitsatz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Org.Aussch.	Organisationsausschuß
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg. Amtliche Sammlung
PR	Parlamentarischer Rat = verfassungsgebende Versammlung in Bonn vom 1.9.48 bis zum 23.5.49
Rdnr.	Randnummer
Recht, Staat, Wirtschaft	Auswahl aus den Vorlesungen und Vorträgen des Verwaltungsganges Nordrhein-Westfalen Stuttgart, Köln 1949-1951
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22.7.1913

RV	Verfassung des Deutschen Reiches vom 16.4.1871
S.	Seite
SPD	Sozialdemokratische Partei
Staat, Der	Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte
Stenoprot.	Stenoprotokoll
u.a.	unter anderem
UdSSR	Union der sozialistischen Sowjetrepubliken
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
Üv	Übermaßverbot
VA	Verwaltungsakt
vergl.	vergleiche
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland herausgegeben von Groß
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VG Rh-Pf	Verfassungsgericht von Rheinland-Pfalz
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkungen
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919
Z.ausl.öff.RVR	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völker- recht
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
Z.f.sch.R	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht

Einleitung

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit dem Verbot, gewisse Grundentscheidungen der Verfassung abzuändern. Ein solches Verfassungsabänderungsverbot, und sei es auch nur begrenzt auf wenige Artikel des Grundgesetzes, wirft die schwierigsten Fragen rechtstheoretischer und rechtsphilosophischer Art auf, ¹⁾ wie zum Beispiel die nach der Rechtsverbindlichkeit solcher Bestimmungen, ihrer Vereinbarkeit mit der Lehre von der Volkssouveränität und ihr Verhältnis zum Gewohnheitsrecht.

Dazu kommt aber auch eine große praktische Bedeutung, die insbesondere in "Schubzeiten" der politischen, wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung deutlich wird. Die Einarbeitung einer Notstandsverfassung in das Grundgesetz, die Neuordnung der Finanzverfassung und die Einfügung der "Gemeinschaftsaufgaben" von Bund und Ländern zeigen gerade in der Gegenwart einen solchen Prozeß der Umorganisation, ²⁾ bei dem Inhalt und Grenzen des Art. 79,III zum alleinigen Maßstab für die Zulässigkeit dieser Bestrebungen werden. ³⁾ Art. 79,III wird zur wichtigsten Bestimmung des Grundgesetzes.

Die Fülle der Probleme und Fragen, die sich an den Art. 79,III knüpfen, läßt eine vollständige Behandlung der Vorschrift im vorgegebenen Rahmen nicht zu. Deshalb hat sich der Verfasser darauf beschränkt, Inhalt

1) Harbich, S.89

2) BIM Lücke hat in der 315.Sitzung des Bundesrates am 27.10.1967 darauf hingewiesen, daß die bisherigen Grundgesetzänderungen nur Lückenausfüllung oder Korrekturen im Einzelfall gewesen seien. Systematisch neue Konzeptionen würden aber durch die Notstandsverfassung, die Finanzverfassung und eventuell auch durch das Haushaltsrecht geschaffen. Abgedruckt in: Das Parlament Nr. 45 vom 8.11.1967 S. 1.

3) Abg.Schwalber in der 18.Sitzung des Org.Aussch. vom 27.10.48 (Stenoprot.S.60) und der Abg.Heile ebenda (Stenoprot.S.72).

und Grenzen der "Föderativklausel" herauszuarbeiten und, wenn möglich, für Verfassungsänderungen in diesem Bereich brauchbare Beurteilungsmaßstäbe zu erarbeiten. Soweit dafür auch die rechtstheoretischen Fragen bedeutsam waren, sind sie in dem ersten Paragraphen aufgezeigt und die Ergebnisse, die der folgenden Untersuchung zugrunde gelegt werden, kurz begründet. Auf eine umfassende Behandlung mußte aber verzichtet werden.

Das eigentliche Anliegen der Arbeit ist es, für die augenblicklich stattfindenden und künftig zu erwartenden Umstrukturierungen praktikable Beurteilungsmaßstäbe zu erarbeiten. Die bisherigen Untersuchungen vermögen in dieser Beziehung nicht zu befriedigen. Es wird sich als notwendig erweisen, die Wertentscheidungen möglichst weit hinauszuschieben und durch das Vorschalten weitgehend formaler Überlegungen ein Beurteilungsverfahren zu entwickeln, welches allgemeine Zustimmung finden kann.

Dadurch wird Art. 79,III nicht überflüssig, aber nur so erscheint es möglich, auch bei unterschiedlicher Auffassung über den Inhalt der garantierten Werte zu einer übereinstimmenden Beurteilung konkreter Verfassungsänderungen zu gelangen.

§ 1 Das Verfassungsabänderungsverbot

I Grundsätzliches

Alle Erörterungen wären überflüssig, wenn sich herausstellen sollte, daß Art. 79,III nur ein politisch-moralisches Postulat aber keine rechtlich verbindliche Norm ist. Ehe die Einzelheiten behandelt werden, muß deshalb die Rechtsgültigkeit und Rechtmäßigkeit des Art. 79,III geprüft werden.

1. Rechtssatzcharakter des Art. 79,III

Die Bedenken, die an dem Rechtssatzcharakter einer solchen Bestimmung geäußert worden sind, liegen nicht an der Form des Art. 79,III.

Mit der herrschenden Imperativ-Theorie ¹⁾ ist für den Rechtssatzcharakter einer Bestimmung allein ihre unmittelbar verpflichtende Wirkung entscheidend. Dagegen bleibt ein Programmsatz ohne aktuelle Rechtsgeltung, weil der eigentlich verpflichtende Inhalt noch vom Gesetzgeber geschaffen werden muß. ²⁾

Der Wortlaut des Art. 79,III richtet eindeutig ein Sollensgebot an alle Staatsorgane:

"Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder und die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in Artikel 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist verfassungswidrig."

Die Bedenken gegen den Rechtssatzcharakter der Bestimmung müssen daher andere Ursachen haben.

Es könnte am Inhalt des Art. 79,III liegen.

a) Die Unwirksamkeit von Verfassungsbestandesgarantien wird von einigen Autoren ³⁾ aufgrund eines spezifischen

1) Larenz, Methodenlehre S.152 Anm.2 m.w.N.; Engisch, S. 21 f.

2) Maunz, Festschrift für Laforet S. 147.

3) Rümelin, S. 29 f; W.Jellinek, Grenzen S. 23 f.

Rechtsverständnisses behauptet. Ihrer Meinung nach gehört die Wandelbarkeit allen Rechtes und damit die Fähigkeit, sich unbegrenzt der sozialen Wirklichkeit anzupassen, zur Rechtsidee. Sie halten Schrankenbestimmungen, die diesen Angleichungsprozeß verhindern wollen, für politisch moralische Gebote aber rechtlich unverbindlich. Soweit sich allerdings die Bestandsgarantien nicht selbst ausdrücklich für unantastbar erklären, sieht W.Jellinek¹⁾ in ihnen noch gültige Rechtsnormen, da sie nach wie vor abgeändert werden könnten.²⁾

Dieses zusätzliche Erfordernis zur Abgrenzung von Rechtsnormen gegenüber anderen Geboten hat sich nicht durchgesetzt. Heute werden sowohl den Normbefehlen, die sich der sozialen Wirklichkeit anpassen und damit gerecht erscheinen, als auch den ausschließlich auf obrigkeitlichem Zwang beruhenden Bestimmungen, die ihrerseits die soziale Wirklichkeit umgestalten und ein neues Gerechtigkeitsgefühl schaffen können, Rechtssatz charakter zuerkannt.³⁾

b) Anerkanntermaßen sind auch tatsächlich oder rechtlich undurchführbare Sollensanordnungen nichtig⁴⁾ und können allenfalls als politisch-moralische Gebote bedeutsam sein. Aufgrund des Wortlautes des Art. 79, III ließe sich die Meinung vertreten, es werde hier der untaugliche Versuch gemacht, den Verfassungsgeber⁵⁾ (= pouvoir constituant) rechtlich zu binden und damit Revolutionen auszuschließen.

1) Jellinek, Grenzen S. 12 und 25

2) Zur Abänderbarkeit des Art. 79, III siehe unten

3) Zippelius, S. 45 ff.

4) siehe etwa W. Jellinek, Grenzen S. 20 f.

5) Unter dem pouvoir constituant versteht die h.L. die konstituierende, verfassungsgebende Gewalt, die das staatliche Leben eines bestimmten Herrschaftsverbandes rechtlich ordnet. Siehe etwa Bachof, S. 37 f; C. Schmitt, S. 98; H. H. Weber, S. 57; Dagegen versteht man unter pouvoir constitué das durch diese Verfassung konstituierte Organ.

Diese Auffassung war während der Verhandlungen des PR lange Zeit vorherrschend. Es wurde deshalb mehrmals die Streichung der "Ewigkeitsklausel" beantragt und beschlossen ¹⁾ und ihre Wirksamkeit mit "Maueranschlägen" verglichen. ²⁾

Gleiche Bedenken sind auch im Schrifttum ³⁾ laut geworden. Es könne sich bei Art. 79,III nur um eine feierliche Absage an bestimmte Vorgänge unter der WRV handeln, ohne daß aber ein wirksames Mittel gegen sie gefunden worden sei; denn auch die Staatsorgane, die einer 2/3-Mehrheit von Bundestag und Bundesrat entgegenzutreten müßten, also Bundespräsident und Bundesverfassungsgericht, hätten aufgrund des Wahlverfahrens nicht die genügende Unabhängigkeit gegenüber diesen Gremien.

Es ist richtig, daß Art. 79,III im Zusammenhang mit Revolutionen keine Rechtswirkungen erlangen kann. Nach h.M. ⁴⁾ wird der pouvoir constituant nur unter Nichtachtung der bestehenden Verfassung tätig und setzt eine neue Verfassung in Kraft. Per definitionem ist es daher

-
- 1) In der 14.Sitzung des Org.Aussch. vom 14.10.48 fand sich eine Mehrheit für die Streichung des damaligen Art. 108. Auch der ARA empfahl in seiner Stellungnahme vom 26.11.48 die Streichung (Drs.Nr. 318 zu Art. 108). Erst in der 36.Sitzung des HA vom 12.1.49 (Verhandlungen HA S. 454 f) wurde die Einfügung einer "Ewigkeitsgarantie" in das Grundgesetz endgültig beschlossen.
 - 2) So der Abg. Katz auf der 14.Sitzung des Org.Aussch. vom 24.10.48 (Stenoprot.S.30 f). Die gleiche Auffassung kommt in den Diskussionsbeiträgen des Abg.Katz aus der 18.Sitzung des Org.Aussch. vom 27.10.48 (Stenoprot.S.77), aus der 12. Sitzung des HA vom 1.12.48 (Verhandlungen HA S.146) und aus der 29. Sitzung des Org.Aussch. vom 11.1.49 (Stenoprot.S. 36 f) zum Ausdruck.
 - 3) Dürig, AöR 79,68/69 Anm.33; Herrfahrdt, BK Art.79 Erl.II,3 S.3; Maunz, Festschrift für Laforet S. 145/146; Loewenstein, AöR 77, 420.
 - 4) siehe etwa Harbich S.97 mit umfangreichen Nachweisen; siehe dazu und zum Folgenden C.Schmitt, Verfassungslehre S.59,82,87 f, G.Hoffmann, Deutsche Frage S.123.

unmöglich, die verfassungsgebende Gewalt rechtlich binden zu wollen. ¹⁾ Wenn die Revolution gelingt und eine neue, originäre Herrschaftsgewalt gleichfalls seine dem Art. 79,III entsprechende Vorschrift schafft, dann wird die Revolution als Ausdruck verfassungsrechtlicher Unstetigkeit weder von der neuen noch von der alten Ordnung erfaßt. ²⁾ Das Grundgesetz würde für diesen Fall nicht mehr, und die neue Ordnung noch nicht gelten. Sollte die Revolution fehlschlagen, bestände Art. 79,III unverändert fort.

Diese Auslegung ist aber, wie wir sehen werden, nicht die allein mögliche.

c) Weiterhin ließe sich Art. 79,III als Selbstbindung erklären. Einige Autoren ³⁾ unterscheiden nicht deutlich zwischen Verfassungsgeber (= pouvoir constituant) und Verfassungsgesetzgeber (= pouvoir constitué), so daß sie in den Bestandsgarantien Selbstbeschränkungen der Revisionsgewalt sehen, ohne diese als juristisch verbindlich begründen zu können. Konsequenterweise wird man unter diesen Voraussetzungen eher zu einer nur politisch-moralischen Gültigkeit der Revisionsbestimmungen, niemals aber zu einer absoluten Rechtsverbindlichkeit gelangen. ⁴⁾

Nur Curtius ⁵⁾ meint Selbstbeschränkung und Unantastbarkeit des Art. 79,III miteinander verbinden zu können. Er folgt dabei weitgehend den Argumenten von Haug.

1) Allenfalls an überpositives Recht ist die verfassungsgebende Gewalt nach einer verbreiteten Auffassung gebunden. So etwa Curtius, S.98; Dürig, AöR 79, 68/69 Anm. 33; Ehmke, S.87 f, 98 f, 136; Gutmann, S.74 Anm.2 m.w.N. hält diese Auffassung für die h.M.; Maunz, §29,II,b, aa) S.270; Wolff, Gedächtnisschrift für W.Jellinek (1955), S.33 f (35,52); a.A. Kelsen, Reine Rechtslehre (1960), S.201; vermittelnd Larenz, Rechtsgeltung S. 30 f (34).

2) So ausdrücklich C.Schmitt, Verfassungslehre S.98.

3) W.Jellinek, Grenzen, S.9,11 f; Krüger, DÖV 61,721 f "Verfassungsgeber ist nicht Herr über die Verfassung", Peters, Festgabe für Giacometti S.133; Scheuner, Festgabe für Thoma, S.317;

4) So Camille Schmid, S.139 f

5) Curtius, S.66

Mit Haug lehnt Curtius die Lehre C.Schmitts von dem permanent im Naturzustand befindlichen Verfassungsgeber ab. ¹⁾ Der Verfassungsgeber konkretisiere sich rechtlich in den Revisionsbestimmungen und werde dadurch zum *pouvoir constitué*. ²⁾ Für Haug ist der *pouvoir constituant/constitué* letztlich doch frei, so daß er weder durch ausdrückliche Klauseln nach Art des Art. 79,III noch durch formale Revisionsbestimmungen rechtlich gebunden werden könne. ³⁾ Haug arbeitet aber für das schweizerische Recht den Inhalt des Art. 79,III als materielle ungeschriebene Schranke heraus. ⁴⁾ Curtius ⁵⁾ stellt zwar richtig die Frage, was es denn dem Verfassungsgesetzgeber nütze, sich von dem ausdrücklichen Verbot des Art. 79,III zu befreien, wenn er doch durch das Gebot der materialen Richtigkeit genau an diese Schranken wieder gebunden sei, vermag aber selbst eine überzeugende Begründung für seine Auffassung nicht zu geben. Wenn er meint, Art. 79,III rezipiere für das GG nicht vollständig die Lehre C.Schmitts, sondern nur den Unterschied zwischen Grundentscheidung und Ausführungsbestimmungen, ⁶⁾ so ist er doch nicht imstande, die rechtsverbindliche Selbstbindung an die Grundentscheidung zu erklären.

1) Haug, S.157 f und 184 f.

2) Haug, S. 156/157.

3) Haug, S. 169 f, 180 f.

4) Haug sieht in den primären Wertvorstellungen die Schranken, welche axiomatisch an die Seinswirklichkeit herantreten (S.191). Sie gliedern sich in formale und materiale Richtigkeit. Die Erhaltung der drei Staatsfunktionen erschließt Haug aus der externen formalen Richtigkeit (S.195), die Kernbereiche der wesentlichen Grundrechte sind im Gerechtigkeitsprinzip (S.234 f), Föderalismus und Demokratie in den "Realien" (S. 239-241) enthalten, die beide Ausprägungen des Prinzips der materialen Richtigkeit sind.

5) Curtius, S.52.

6) Curtius, S. 38.

Sobald eine rechtlich wirksame Selbstbindung abgelehnt wird, lassen sich absolute Bestandsgarantien nur durch eine Unterscheidung von Verfassungsgeber und Verfassungsgesetzgeber erklären, nicht aber lediglich mit einer unterschiedlichen Normqualität.

d) Für das Grundgesetz wird deshalb auch überwiegend die Auffassung vertreten, Art. 79,III positiviere die Lehre C.Schmitts vom Verfassungsgeber und Verfassungsgesetzgeber.¹⁾

Gegen die Meinung, Art. 79,III wolle auch das verfassungsgebende Volk binden, spricht schon ein systematischer Gesichtspunkt, auf den Bleibaum zutreffend aufmerksam gemacht hat.²⁾ Art. 79 wendet sich an den Bundesgesetzgeber, den er als qualifizierten Spruchkörper zum verfassungsändernden Gesetzgeber einsetzt. An diesen pouvoir constitué richten sich sowohl die formalen Vorschriften der Absätze I und II als auch die materiellen des Absatzes III. Ein Adressatenwechsel vom pouvoir constitué auf den pouvoir constituant im Absatz III ist nicht ersichtlich.

Für die Bindung allein des verfassungsändernden Gesetzgebers spricht auch die Entstehungsgeschichte. In der 36. Sitzung des HA vom 12. 1. 49³⁾ hatte der Abg. Katz verlangt, den Artikel zu streichen, da er Staatsstreiche verbieten wolle, es aber nicht könne.

Gegen ihn wandten die Abgeordneten Dehler und Schmid ein, durch diese Bestimmung sollten nur Revolutionäre in die Illegalität gedrängt werden, um auf diese Weise eine faktische Revolution in den Formen des Rechts zu

1) FuB, S.110 f; Goessl, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, S.45, Anm. 190; Harbich, S.92; Ipsen, Über das Grundgesetz, S.28; Kölble, DÖV 67,6; M-D, Art.79 Rdnr.24; C.Schmitt erarbeitet seine Auffassung in seiner Verfassungslehre, S.75-109 (98,101 f.)

2) Bleibaum, S.50

3) in:Verhandlungen HA S. 454 f.

verhindern. ¹⁾ In der anschließenden Abstimmung setzte sich ihre Auffassung durch.

Die Lehre ²⁾ hat sich weitgehend diesem Standpunkt angeschlossen, wobei häufig noch auf die Erfahrungen unter der WRV verwiesen wird, die eine Positivierung der Schranken der Verfassungsänderung notwendig machten. ³⁾ So verstanden hat der Art. 79,III auch erhebliche praktische Bedeutung im verfassungsrechtlichen und politischen Bereich, worauf mehrfach hingewiesen worden ist. ⁴⁾

Nur mit diesem Inhalt gelangt man zu einer rechtstheoretisch möglichen und praktisch sinnvollen Bedeutung des Art. 79,III. Die h.L. ⁵⁾ sieht in ihm deshalb zu Recht eine verbindliche Rechtsnorm nur für den *pouvoir constitué*.

2. Verfassungsmäßigkeit des Art. 79,III

Durch jegliche Art von Unabänderlichkeitsbestimmungen könnte das Prinzip der Volkssouveränität beeinträchtigt werden, insbesondere wenn man die extreme Auffassung Rousseaus und Condorcets zugrunde legt. ⁶⁾ Da sich das GG sowohl zu einer materiellen Schranke der Verfassungsrevision (Art. 79,III) als auch zur Demokratie (Art. 20,I und II) bekennt, könnte das Problem der verfassungswidrigen Verfassungsnorm auftauchen. ⁷⁾

1) 36.Sitzung des HA vom 12.1.49 (Verhandlungen HA S.454). Siehe auch Dehler auf der 29.Sitzung des Org.Aussch. vom 11.1.49 (Stenoprot.S.35) und die Begründung des ARA zur 1. Lesung im HA vom 16.12.48 zu Art. 108 (Drs. 374 Anm. 1), abgedruckt u.a. bei Herrfahrdt BK Art. 79 Erl.II,3 S.3.

2) Bleibaum, S.130; Kölble, DÖV 67,1 f (5); M-D,Art.79 Rdnr. 29;

3) Bleibaum, S. 103; Harbich, S.119.

4) v.M.,S. 425; ebenso H.H.Weber, S.171 f.

5) Bachof, S.35; Bleibaum, S.51; Harbich, S.96 f (98); H.H.Weber, S.48 ff (59, 65).

6) siehe dazu Curtius S.13 - 15.

7) Herrfahrdt, BK Art. 79, Nachtrag 7 S.12; Kurz, Volkssouveränität und Volksrepräsentation (1965). Dieser mögliche Widerspruch ist ebenfalls gesehen worden von Harbich, S. 105 f.; Kölble, DÖV 67,1 f (6) u.a.

Unter diesem Gesichtspunkt sind denn auch kritische Meinungen gegenüber Art. 79,III geäußert worden.¹⁾ Ein Normwiderspruch in der Ursprungsverfassung wird nach der gründlichen Untersuchung von Bachof zu diesem Thema g undsätzlich abgelehnt. Derartige Unstimmigkeiten müssen durch Interpretation aufgelöst werden.²⁾ Der Verfassungsgeber hat jeder Norm einen eigenen Geltungsbe- reich zubilligen wollen. Indem die Wirkungskreise beider Normen gegeneinander abgegrenzt werden, löst sich der angebliche Normwiderspruch zugunsten eines Regel-Ausnah- me-Verhältnisses.³⁾ Nur wenn eine Verfassungsnorm mit einem in der Verfassung niedergelegten überpositiven Rechtssatz in vollem Umfange unvereinbar ist oder unter dem Gesichtspunkt des Versehens bei absolut unlösbarem "iderspruch, erkennt Bachof eine Nichtigkeit an.⁴⁾ Für das Verhältnis des Art. 79,III zu Art. 20 ergibt sich: Der Verfassungsgeber hat sich in Art. 20 nicht zu einer schrankenlosen, sondern zu einer "wertgebundenen" Demokratie bekannt.⁵⁾ Das heißt, allen vom pouvoir con- stituant eingesetzten Organen ist es verboten, im GG die Staatsträgerschaft des Volkes, den Wesenskern der Menschenwürde und die bundesstaatliche Struktur zu be- seitigen. Dies hat der Verfassungsgeber allein sich selbst vorbehalten. So gesehen sind beide Normen in vol- lem Umfang miteinander vereinbar;⁶⁾ die gegenteilige Ansicht beachtet den Unterschied zwischen dem Volk als Verfassungsgeber und den vom Volk nur eingesetzten Ver- fassungsgesetzgeber zu wenig.

-
- 1) Siehe etwa Schätzel, DRZ 47; kritisch auch Ipsen, Über das Grundgesetz S.28.
 - 2) Bachof, S. 36ff; BGHZ 1,274; Zinn-Stein, Komm. Vor- bemerkung VI,2 vor Art. 1 S. 98 f.
 - 3) Bachof, S. 36 ff (38).
 - 4) Bachof, S. 37, 42; weitergehend wohl BVerfG 1,14 f LS 4,21,27; 3,225; und Maunz, § 29 II,b,aa) S. 269/ 270 m.w.N. die auch eine Nichtigkeit von Verfassungs- recht wegen Verstosses gegen ungeschriebenes überpo- sitives Recht für möglich halten.
 - 5) Zu diesem Ergebnis kommen etwa: Ellwein, S.402; Kägi, S. 29; Peters, Festschrift für Giacometti S. 135.
 - 6) siehe Harbich, S. 106.

II Bedeutung und Abänderbarkeit des Art. 79,III

1. Rechtsnatur des Art. 79,III

Über die Rechtsnatur des Art. 79,III besteht keine Einigkeit. Von seiner ausschließlich deklaratorischen Bedeutung. über die Zerlegung in konstitutive und deklaratorische Teile bis zum einheitlich konstitutiven Charakter lassen sich alle Auffassungen vertreten.

a) Wenn man streng der Lehre Carl Schmitts ¹⁾ folgt, kann dem Art. 79,III keine konstitutive Wirkung beigelegt werden, weil seiner Ansicht nach schon in der WRV der gleiche unabänderliche Verfassungskern bestand. ²⁾ Grundlegend war für Carl Schmitt in diesem Zusammenhang die Erkenntnis, daß die Verfassung auf einer "einheitlichen Entscheidung" beruhe, die eine Systematisierung und damit eine Erkenntnis der Grundentscheidungen ermögliche. ³⁾

b) Über ein anderes Verfassungsverständnis kommt Ehmke ⁴⁾ zu einer differenzierenden Betrachtungsweise des Art. 79,III. Im Gegensatz zu den Rechtsgewährungen und Selbstbeschränkungen der absolutistischen Herrscher ist eine demokratische Verfassung in einer pluralistischen Gesellschaft keine einheitliche Entscheidung, sondern ein hart umkämpfter Kompromiß zwischen den einzelnen Interessen. ⁵⁾ Die Verfassung läßt sich deshalb auch nicht in ein System pressen, sondern besteht lediglich aus punktuellen Einzelentscheidungen, wodurch politische Handlungsfreiheit und Beschränkung der übertragene Machtbefugnisse erreicht werden sollen. Aus

1) C.Schmitt, S. 102 f.

2) C.Schmitt, S.103 i.V.m.S.23 f (24) für die WRV sind unabänderlich: die Revisionsbestimmungen und die politischen Grundentscheidungen: Republik, bundesstaatliche Struktur, Rechtsstaat mit Grundrechten und Gewaltentrennung.

3) C.Schmitt, S.23 f.

4) Ehmke, S. 86 f.

5) Ehmke, S. 86/87.

der Kompromißnatur der Verfassung soll sich gleichzeitig für den verfassungsändernden Gesetzgeber das Verbot ableiten, den Kompromiß anzutasten. ¹⁾

Die Grenzen, bis zu denen der verfassungsändernde Gesetzgeber gehen darf, können sich nach Meinung von Ehmke aus positiven Verfassungsbestimmungen, aus verfassungsimmanenten oder auch aus verfassungstranszendenten Merkmalen ergeben. ²⁾

Nur die föderalistische Struktur hält Ehmke für eine konstitutive Schranke, da die anderen Bestandteile des Art. 79,III sich schon aus verfassungsimmanenten Grundsätzen ergäben. ³⁾ Ihre Aufnahme in Art. 79,III habe daher nur deklaratorische Bedeutung. Über den unantastbaren Kern des Art. 79,III hinaus sei es dem verfassungsändernden Gesetzgeber aber auch verwehrt, die Wahrung der deutschen Einheit als Zielsetzung der Präambel und ^{die} zeitliche Beschränkung des GG (Art. 146) aufzuheben. ⁴⁾ Hierin soll eine verfassungsimmanente Schranke der Abänderbarkeit außerhalb des Art. 79,III liegen.

c) Die rechtliche Verbindlichkeit verfassungstranszender Grundsätze, also eines Naturrechts oder göttlichen Rechts, hat bisher noch niemand überzeugend nachzuweisen vermocht. Als moralisch-ethische Gebote sind sie weithin bedeutsam, eine unmittelbar derogierende Kraft gegenüber positiven Verfassungsbestimmungen kann ihnen aber nicht zuerkannt werden.

Verfassungsimmanente Schranken für den verfassungsändernden Gesetzgeber sind mit der Struktur der Verfassung und der Funktion des Art. 79,III unvereinbar.

1) Ehmke, S. 90.

2) Ehmke, S. 89

3) Ehmke, S. 98/99; im Ergebnis ebenso Fleibaum, S. 129.

4) Ehmke, S. 93; siehe dazu auch § 5,II.

Gerade wenn man die Verfassung als eine Anzahl von Kompromissen versteht, ist es unverständlich, wie über den in Art. 79,III statuierten Kompromiß hinaus noch weitere Unabänderlichkeiten bestehen sollen. Bei den intensiven Beratungen und den harten Köpfen um Form und Inhalt der "Ewigkeitsklausel" fehlt einfach ein stichhaltiger Grund, warum der Verfassungsgeber nicht auch weitere Pflichten und Verfassungsstrukturen in den Katalog aufgenommen hat. Nur das, was durch die Begriffe oder Struktur des Art. 79,III selbst erfaßt wird, kann an seiner Schutzwirkung teilhaben. Die Wahrung der deutschen Einheit und der nur provisorische Charakter des GG gehören unzweifelhaft zu den politischen Grundlagen der BRD von 1949 bis heute. Solange sich die Grundlagen der deutschen Politik nicht ändern, ist mit einer Aufhebung dieser Prinzipien auch nicht zu rechnen. Aus politischen Richtlinien lassen sich aber keine rechtlichen Schranken herleiten. Ebenso wie eine extensive Interpretation der Rechtsbegriffe des Art. 79,III würde natürlich auch eine Erweiterung der Garantie über Art. 79,III hinaus gegen die Funktion einer ausdrücklichen Verfassungsbestandsgarantie verstoßen. Daraus ergibt sich, daß Art. 79,III alle Unantastbarkeiten abschließend und mit konstitutiver Wirkung festlegt.

1) Bleibauch, S. 103; Harbich, S. 104; Meyer-Arndt, AöR 82,287; M-D Art. 79,Rdnr.24; Laux, S. 118.

2. Abänderbarkeit des Art. 79,III

Obwohl Dürig¹⁾ richtig darauf hingewiesen hat, daß bei dieser Fragestellung der Punkt erreicht sei, "an dem sich das juristische Denken überschlägt", und Rümelin²⁾ die Abänderbarkeit von Verfassungsbestandsgarantien als Konstruktion "aus der Blütezeit der Begriffsjurisprudenz" bezeichnet hat, soll hier kurz der Meinungsstand wiedergegeben werden.

a) Sobald man eine rechtserhebliche Unterscheidung von *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué* leugnet,³⁾ ergibt sich zwangsläufig eine völlige Bindungslosigkeit des verfassungsändernden Gesetzgebers jedenfalls von geschriebenen Schrankenbestimmungen. Art. 79,III kann völlig ignoriert werden.

Eine andere Meinung bekennt sich zwar zur Normqualität des Art. 79,III, will aber in den Abänderungsverboten lediglich formale Erschwerungen der Verfassungsrevision sehen.⁴⁾ Grundlage dieser Argumentation ist ein eigenartiges Rechtsverständnis. Danach ist es vornehmste Pflicht der Verfassung, revolutionäre Entladungen zu verhindern und sich immer wieder an der Wirklichkeit zu orientieren. Rechtliche Schranken, die diese Angleichung verhindern, gibt es nicht, sie sind kein Recht. Auf dieser Grundlage können dann die Verbotsbestimmungen nur als Verbot gleichzeitiger Abänderung von garantierter und garantierender Norm⁵⁾, oder als zeitlich begrenztes Gebot mit Aufhebungsvorbehalt⁶⁾ angesehen werden.

1) Dürig, AöR 79,68 Anm. 33.

2) Rümelin, S. 28.

3) Siehe dazu schon die Autoren unter § 1,I,1a). Diese Auffassung wird insbesondere in der älteren französischen Literatur vertreten, so etwa Condorcet, Duguit, Rousseau, Roy. Hinweise darauf bei Curtius, S.13 f und Harbich, S.99,

4) v.Horrritt, Verfassungsgesetzgebung, S.49 f; W.Jellinek, Grenzen, S.12; Morgenstierne, S.120; Nach Voraussetzung und Ergebnis gehört auch Haug in diese Gruppe, obwohl seine Argumentation anders ist (siehe dazu § 1,I,1c)

5) Haug, S. 184

6) W.Jellinek, Grenzen S. 25

10) Die Gegenmeinung stützt sich insbesondere auf drei Gesichtspunkte.

Schon frühzeitig wurde aus dem Sinn und Zweck der Bestandsgarantien auf ihre Unaufhebbarkeit für den verfassungsändernden Gesetzgeber hingewiesen. ¹⁾ Schrankenbestimmungen seien gerade dazu geschaffen worden, notwendige oder nur für nötig gehaltene Änderungen, sofern sie in den garantierten Bereich eingreifen müßten, auf legalem Wege unmöglich zu machen.

Die dogmatische Begründung ist insbesondere C.Schmitt zu danken. ²⁾ Mehr oder weniger unter seinem Einfluß hat dann die Mehrzahl der Autoren ³⁾ die formelle Verfassung aufgespalten einerseits in Grundentscheidungen, die den Staat individualisieren und für die Revisionsgewalt unabänderbar sind und andererseits in die abänderbaren Durchführungsbestimmungen. Nef ⁴⁾ weist ausdrücklich darauf hin, daß es sich hier um Normen handelt, die den Verfassungsgesetzgeber ebenso zu binden vermögen wie die Verfassung den einfachen Gesetzgeber. Es handelt sich um die Bindung einer unterworfenen durch eine überlegene Gewalt, die sich in einem Qualitätsunterschied der Normen ausdrückt. ⁵⁾ Auch die Verhandlungen des Parlamentarischen Rates (PR) beweisen, daß

1) G.Jellinek, S.484 unter Hinweis auf Art.8,III der französischen Verfassung vom 14.8.1884; Gleiche Argumente finden sich bei Maunz, Festschrift für Laforet S. 145 und H.H.Weber, S. 163.

2) Siehe dazu § 1,I,1d. Ausdrücklich bestätigt C. Schmitt die Auffassung von der Unabänderlichkeit von Bestandsgarantien durch seine Stellungnahme zu § 112 der norwegischen Verfassung vom 11.5.1814, S. 99.

3) Arnold, S. 22; Harbich, S.104 f (105); Hildesheimer, S.31; Naviasky, Allgemeine Rechtslehre, S.33 f; Nef, S.120 f.

4) Nef, S.120 f; Den Rechtscharakter betonen auch Jeselson, S.60 f und H.H.Weber, S.162.

5) Harbich, S. 105.

man in Art. 79,III eine unabänderliche Norm schaffen wollte. ¹⁾ Das geht besonders deutlich aus den Gegenstimmen hervor, die eine Aufnahme des Art. 79,III gerade mit dem Hinweis auf seine Unabänderlichkeit ablehnten. ²⁾

Es ist daher der Meinung ³⁾ zuzustimmen, die Art. 79,III für den pouvoir constitué als unabänderlich ansieht.

-
- 1) Siehe dazu die Nachweise oben § 1,I,1 d) S.8 Anm.4, S.9 Anm.1; die Äußerungen des Abg.Heile auf der 14.Sitzung des Org.Aussch vom 14.10.48 (Stenoprot. S.19) und auf der 18.Sitzung des Org.Aussch. vom 27.10.48 (Stenoprot.S.70 f) ergeben eindeutig, daß die föderalistische Ordnung gänzlich unabänderlich sein sollte.
 - 2) So z.B. der Abg.Heiland auf der 13.Sitzung des Org. Aussch. vom 13.10.48 (Stenoprot.S.82 f) und die Abgeordnete Frau Selbert auf der 18.Sitzung des Org. Aussch. vom 27.10.48 (Stenoprot. S.66).
 - 3) Curtius, DÖV 54, 706 f; Hamm, S. 79; Harbich, S.104 f; Hesse, Grundzüge S.257; Laux, S. 114 f; Meyer-Arndt, AöR 82,287; M-D, Art. 79 Rdnr. 50; Für die RV vertraten die Unabänderlichkeit des bundesstaatlichen Aufbaues G.Meyer, Komm. S. 593 ff; Rehm, S. 179; Zorn, S.136 f.

§ 2 Methodische Überlegungen und Gang der Untersuchung

I. Überlegungen zur Interpretationsmethode

1. Notwendigkeit einer Interpretation.

Bevor wir uns dem materialen Inhalt der Förderativklausel zuwenden, soll noch kurz die Methode gerechtfertigt werden, die der folgenden Untersuchung zugrunde gelegt wird; denn welcher Auffassung vom Verhältnis zwischen Methode und Gegenstand ¹⁾ man auch folgen will, die Methode beeinflusst das Ergebnis und muß deshalb um der wissenschaftlichen Ehrlichkeit willen aufgedeckt werden.

Nach fast einhelliger Meinung werden durch die Formulierung des Art. 79,III: "die Gliederung des Bundes in Länder (und) die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung" ... die Grundzüge des Bundesstaates und damit auch der Staatscharakter der Länder geschützt. Da aber Art. 79,III weder den Begriff des Bundesstaates erwähnt noch ausdrücklich sagt, daß unter Ländern Staaten zu verstehen seien, müssen die Klausel und die darin enthaltenen Begriffe interpretiert werden. ²⁾

a) Während sich die Garantie des Bundesstaates durch Art. 79,III relativ einfach wird nachweisen lassen (§3,1), ist der Begriffsinhalt des "Landes" nur sehr schwer festzustellen, ohne daß unkontrolliert subjektive Wertvorstellungen einfließen. ³⁾

Es kommt nämlich nicht auf die Bezeichnung in der Verfassung an, sondern allein auf die verfassungsmäßigen

1) dazu Badura, S.28 und 58 f; Jesch, S.38 f.

2) P.Schneider, VVDStL 20,5

3) Das hat schon der Abg.Lehr in der 19.Sitzung des Org.Aussch. am 3.11.1948 gesehen (Stenoprot.S.18), als diese Formulierung erstmalig zur Diskussion gestellt wurde.

Zur Variationsbreite der Begriffe des Art.79,III auch Curtius, S.10.

Kompetenzen dieser Gebilde, ob sie als Staat oder als etwas anderes angesehen werden. ¹⁾²⁾

So wurden die Gliedstaaten der WRV von der h.M. ³⁾ als Staaten angesehen, obwohl die Verfassung im Gegensatz zur RV nur von Ländern sprach. ⁴⁾ Daneben wurde aber in der damaligen Staatsrechtslehre der Begriff des Landes mit einem gegenüber dem Staat und der autonomen Provinz eigenständigen Inhalt gebraucht. ⁵⁾

Da das GG unabhängig vom geschichtlichen und rechtstheoretischen Begriffsinhalt des Landes ist, ⁶⁾ muß sorgfältig geprüft werden, welchen Status die Länder aufgrund der Kompetenzverteilung der heutigen Verfassung haben.

b) Daneben muß ebenfalls untersucht werden, wie weit diese Kompetenzen entzogen werden dürfen, ohne daß dadurch dieser Status der Länder aufgehoben wird. Auch hier werden verschiedene Meinungen vertreten. Je nachdem wie der Bundesstaatsbegriff im einzelnen definiert wird, unterscheiden sich auch die Ergebnisse. Eine rein rechtliche Wertung würde nur den völligen Entzug der landeseigenen Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder Rechtsprechungskompetenz sowie den Verlust der Territorial-

- 1) Hesse, Grundzüge S.35 f. Diese Auffassung war schon unter der WRV herrschend, siehe u.a. Thoma HdbDStR I, S.175; Kunz, S.631.
- 2) Als Beispiel dafür wurde immer auf den "Bundesstaat" Österreich vor 1914 (Kelsen, Allgemeine Staatslehre S.191 f; Kunz, S.193 ff (213-217) und 238) und auf Preußen hingewiesen (Kunz S.634).
- 3) Anschütz, Komm.Einl.S.28 und Art. 1 Erl.4 und 5 mit umfangreichen Nachweisen. Aus der Rechtsprechung siehe etwa RGZ 116,29 Anhang; 121,6 Anhang. A.A. Poetsch-Heffner, Komm. Vorbemerkungen zum Abschnitt Reich und Länder S.74 ff (79 f); Lassar HdbDStR I, 32o f.
- 4) vergl. dazu die Formulierungen im I.Hauptteil 1. Abschnitt der WRV und Art. 1 RV.
- 5) G.Jellinek, S.657/658 gebrauchte Land als Oberbegriff für die verschiedenen Erscheinungsformen seiner "Staatsfragmente". Kunz, S.239 f (245) sah in den Ländern Herrschaftsverbände, die qualitativ sowohl von den Gliedstaaten als auch von den autonomen Provinzen zu unterscheiden seien. Kelsen, Allgemeine Staatslehre S.193 unterschied zwischen Gliedstaaten und Ländern nur als verschiedenen Formen der Dezentralisation.
- 6) Badura, S.1o9.

und Personalhoheit als Wesensmerkmale der Staatseigenschaft für unzulässig halten. ¹⁾ Andere ²⁾ legen einen mehr politischen Bundesstaatsbegriff dem Art. 79, III zugrunde, wodurch das verfassungsfeste Minimum ausgeweitet wird. Dabei wird häufig von einem abstrakten Begriff des Bundesstaates deduziert, ohne die Besonderheiten des GG oder die Unterschiede zwischen Staatsrecht und Völkerrecht zu beachten.

2. Interpretationsmethoden

a) Für das wissenschaftliche Erkenntnisverfahren gibt es grundsätzlich zwei entgegengesetzte Methoden, die Deduktion und die Induktion. ³⁾

Die Philosophie, Mathematik und Logik benutzen vorwiegend den deduktiven Schluß, da hierdurch allein ein logisch widerspruchsfreies System hergestellt werden kann. ⁴⁾ Es ist ein Schluß vom Allgemeinen auf das Besondere.

Die Naturwissenschaft, die Geschichte, die Soziologie und die anderen vorwiegend darstellenden Geisteswissenschaften bevorzugen das induktive Verfahren. Es wird hierbei von dem Besonderen auf die allgemeinen Prinzipien geschlossen. Mit diesem Verfahren kann nur eine Wahrscheinlichkeit, keine Notwendigkeit im Sinne der Logik erreicht werden. ⁵⁾

¹⁾ so etwa M-D, Art. 79, Rdnr. 33

²⁾ Harbich, S.119/120 geht diesen Weg. Dem Verfassungsgeber wird die Entscheidung zugunsten eines "funktionsfähigen Bundesstaates" unterstellt, wobei lediglich die schlechten Erfahrungen mit der Diktatur als Begründung herangezogen werden. Auf S.125 wird dann der rechtliche Bundesstaatsbegriff zugunsten eines politischen Bundesstaatsbegriffes aufgegeben, wobei eine rechtliche Begründung gar nicht mehr versucht wird.

³⁾ dazu Badura, S.57 ff; Jesch, S.42 erwähnt noch das phänomenologische Verfahren, welches aber in diesem Zusammenhang unberücksichtigt bleiben kann, da es eine direkte Erkenntnis vermittelt. Außerdem unterscheidet Jesch bei der Deduktion und Reduktion (= Induktion) noch ein progressives und ein regressives Verfahren.

⁴⁾ Hartwig, Jus 67, 49 f (50); Jesch, S.42 m.w.N.

⁵⁾ Badura, S.63; Ehmke, VVDStL 20, 71; Hesse, Grundzüge S.30; Jesch, S.42.

Welches Verfahren für die Rechtswissenschaft anwendbar ist, könnte zweifelsfrei nur beantwortet werden, wenn die Natur der Gegenstände, mit denen sich die Rechtswissenschaft beschäftigt, eindeutig geklärt wäre. Handelte es sich bei dem Recht um Phänomene der Wirklichkeit, so wäre das Induktionsverfahren angemessen, würden es Ideen sein, die dem Recht zugrunde liegen, dann wäre die Deduktion vorzuziehen. Solange darüber noch nicht eindeutig entschieden worden ist, kann auch die Rechtswissenschaft nur differenziert auf die Methodenfrage antworten. Das System ist nur ein Konstruktionsentwurf, der durch Einzelfalluntersuchungen ständig modifiziert wird. ¹⁾

b) Von einer einflußreichen Lehre ²⁾ wurde immer wieder eine einheitliche und eigenständige juristische Methode gefordert. Soweit damit ein besonderer Gesichtspunkt angesprochen wurde, unter dem die Rechtsordnung zu betrachten sei, ist ihr zuzustimmen. In der Tat lassen sich Rechtsnormen und Rechtsbegriffe nur dann zutreffend erkennen, wenn man sie unter juristischem Blickwinkel, d.h. normativ betrachtet. ³⁾ Aber diese Eigenständigkeit kann nur bezüglich der allgemeinen Wissenschaftsmethode ⁴⁾ anerkannt werden. Sobald damit auch ein Ausschluß aller anderen Interpretationsmethoden im Sinne der speziellen Forschungsmethoden ⁵⁾ begründet werden soll, ist die juristische Begriffsbildung mißverstanden. ⁶⁾ Die juristischen Begriffe werden nämlich fast durchweg mit metajuristischen Gesichtspunkten verknüpft, so daß auf diese Weise ethische, politische

-
- 1) Hartwig, Jus 67, 50; Zippelius, NJW 67, 2230 f (2231) spricht von einem "beweglichen" System.
 - 2) insbesondere Kelsen, Reine Rechtslehre S. 1 ff; siehe dazu Jesch, S. 55 f. m.w.N.
 - 3) Jesch, S. 60.
 - 4) Jesch, S. 47/48 versteht darunter die Betrachtungsweise, mit der die Wirklichkeit erfaßt werden soll.
 - 5) Jesch, S. 48 versteht darunter spezielle Denkmittel bei der Lösung konkreter Probleme.
 - 6) dazu und zum Folgenden Jesch, S. 60 f; siehe auch Zippelius, NJW 67, 2229 f (2233) "das juristische Denken ist methodisch nicht homogen".

Diese prinzipielle Kritik an der "klassischen" Methode förderte alte Erkenntnisse wieder zutage, die auf Aristoteles zurückgehen. ¹⁾

Weil die verfassungsrechtlichen Regelungen lückenhaft im oben aufgezeigten Sinne sind, kann aus ihnen kein logisch widerspruchsfreies System herausdestilliert werden, welches durch Deduktionen jeden Fall zutreffend lösen könnte. Diese Grunderkenntnis führt zu einem mehr induktiven System, das die vorhandenen Regelungen auf den Einzelfall konkretisiert. Dabei ergeben sich vielfältige Wechselbeziehungen zwischen der Norm und dem zu entscheidenden Problem, so daß es keine Verfassungsinterpretation gibt, die von dem konkret zu lösenden Problem unabhängig ist. ²⁾

Neben anderen Gesichtspunkten haben hier auch die "klassischen" Auslegungsmethoden ihren Wert, wobei allerdings ein Gesichtspunkt allein ein Ergebnis kaum zu tragen vermag.

Das Verhältnis der einzelnen Gesichtspunkte und Auslegungsmethoden zueinander wird durch die "Problemnähe", die Sachbezogenheit im Einzelfall bestimmt. ³⁾ Letztlich führt auch die enge Verknüpfung von Argumenten nicht zu einem zwingenden Schluß, sondern nur zu einer Wahrscheinlichkeit, die durch die Überzeugungskraft der Argumente den Mangel an zwingender Logik ausgleichen muß. ⁴⁾

Wie man diese Methode benennt, ist gleichgültig, ⁵⁾ die Hauptsache ist, daß die Beweisführung durchsichtig gemacht wird.

1) siehe hierzu Viehweg, S.6 f.

2) Hesse, Grundzüge S.18 und 26; Viehweg, S.16.

3) Hesse, Grundzüge S.27

4) siehe oben § 2, I a) S.19 Anm. 5. Allerdings können gewisse Richtlinien für die Interpretation auch schon aus der Verfassung selbst herausgelesen werden, wie sie etwa von Hesse, Grundzüge S.28 f oder von Ehmke, VVDStRL 20 S.74 f herausgearbeitet worden sind

5) Viehweg und Jesch S.65 nennen das Verfahren Topik, Hesse spricht von Konkretisierung.



Placeholder

Diese prinzipielle Kritik an der "klassischen" Methode förderte alte Erkenntnisse wieder zutage, die auf Aristoteles zurückgehen. ¹⁾

Weil die verfassungsrechtlichen Regelungen lückenhaft im oben aufgezeigten Sinne sind, kann aus ihnen kein logisch widerspruchsfreies System herausdestilliert werden, welches durch Deduktionen jeden Fall zutreffend lösen könnte. Diese Grunderkenntnis führt zu einem mehr induktiven System, das die vorhandenen Regelungen auf den Einzelfall konkretisiert. Dabei ergeben sich vielfältige Wechselbeziehungen zwischen der Norm und dem zu entscheidenden Problem, so daß es keine Verfassungsinterpretation gibt, die von dem konkret zu lösenden Problem unabhängig ist. ²⁾

Neben anderen Gesichtspunkten haben hier auch die "klassischen" Auslegungsmethoden ihren Wert, wobei allerdings ein Gesichtspunkt allein ein Ergebnis kaum zu tragen vermag.

Das Verhältnis der einzelnen Gesichtspunkte und Auslegungsmethoden zueinander wird durch die "Problemnähe", die Sachbezogenheit im Einzelfall bestimmt. ³⁾ Letztlich führt auch die enge Verknüpfung von Argumenten nicht zu einem zwingenden Schluß, sondern nur zu einer Wahrscheinlichkeit, die durch die Überzeugungskraft der Argumente den Mangel an zwingender Logik ausgleichen muß. ⁴⁾

Wie man diese Methode benennt, ist gleichgültig, ⁵⁾ die Hauptsache ist, daß die Beweisführung durchsichtig gemacht wird.

1) siehe hierzu Viehweg, S.6 f.

2) Hesse, Grundzüge S.18 und 26; Viehweg, S.16.

3) Hesse, Grundzüge S.27

4) siehe oben § 2, I a) S.19 Anm. 5. Allerdings können gewisse Richtlinien für die Interpretation auch schon aus der Verfassung selbst herausgelesen werden, wie sie etwa von Hesse, Grundzüge S.28 f oder von Ehmke, VVDStRL 20 S.74 f herausgearbeitet worden sind

5) Viehweg und Jesch S.65 nennen das Verfahren Topik, Hesse spricht von Konkretisierung.

II. Verfassungsrechtliches Vorverständnis und Gang der Untersuchung

1. Vorverständnis.

a) Für die Aufdeckung der Beweisführung bedarf es noch eines wesentlichen Eingeständnisses. Jede Problemlösung wird von vornherein durch Meinungen und Bestrebungen der konkreten geschichtlichen Situation und besonders auch von überkommenen Denkmodellen der Verfassungstheorie beeinflusst.¹⁾ Diese Tatsache, die unter dem Begriff des verfassungsrechtlichen "Vorverständnisses" zusammengefaßt wird, kann nur zum geringsten Teil selbst mittels induktiver Schlüsse nachgewiesen werden. Es wird deshalb als Grundlage vorausgesetzt. Nur muß sich der Interpret dessen immer bewußt bleiben, um sich dadurch während der Einzelfallanalyse die Möglichkeit zu ständiger Korrektur und Verfeinerung seiner verfassungstheoretischen Begriffe offen zu halten.²⁾

b) Für die Prüfung des Verhältnisses von Bund und Ländern nach dem Grundgesetz bildet der herkömmliche Bundesstaatsbegriff den Ausgangspunkt. Als "Vorverständnis" liegt dieser Arbeit daher Folgendes zugrunde:
Der Bundesstaat ist eine staatsrechtliche Verbindung von Staaten bei der unabhängig vom Entstehungstatbestand die Glieder und die Zentrale echte Staaten sind.³⁾

1) dazu Gadamer, S.250 ff; siehe auch Ehmke, VVDStL 20, 56 und 71 f.

2) Hesse, Grundzüge S.26

3) Anschütz, Komm.Art.1 Anm.3,4,5; derselbe, HdbDStR I, S.295; Festgabe für E.Kaufmann, S.1 f; Berber, S.143; Giese-Schunck, Art.20 Anm.II,2; Grewe, DRZ 49,349 ff; Herzog, DÖV 62,81 m.w.N.; Hesse, Grundzüge S.85/86; Jaenicke, HDSW Bd.9, S.730; G.Jellinek, S.769 Jerusalem, Festgabe für Laforet S.37 f; Koellreutter, S.133 ff; Laband, Bd.I, S.55 f(59); Ritter von Lex, Festgabe für Laforet S.51 f; Maunz, § 24, I, 4 S.188; vM-K, S.588; Nawlasky, Bundesstaat S.28,66; Thoma, HdbDStR I, S.169 f; Triepel, Unitarismus S.9; Verdross, S.354; Wernicke, BK Art.20 Erl.II,1b; Zeidler, DVBl.60, 578; Zinn, AöR 75,291; Kritisch gegenüber diesem überkommenen Bundesstaatsbegriff Scheuner, DÖV 62,646 f (648) und DÖV 66,514. Scheuner will beim Bundesstaat mehr auf die Bewahrung des Eigenlebens der Territorien als auf ihren Staatscharakter abstellen.

Unter Staaten sind Herrschaftsverbände zu verstehen, die originäre und effektive Hoheitsgewalt über ein Volk in einem bestimmten Gebiet ausüben. ¹⁾ Die drei Staatselemente stehen aber nicht gleichberechtigt nebeneinander, ²⁾ sondern Staatsvolk und Staatsgebiet stellen nur die Herrschaftsobjekte der Staatsgewalt dar. ³⁾

Die für einen Staat im Sinne des Völkerrechts entscheidende Herrschaftsgewalt ist originär, wenn sie ihre Verbindlichkeit nicht aus einer anderen Rechtsordnung ableitet, ⁴⁾ und sie ist effektiv, wenn ihr eine gewisse Intensität mit der Aussicht auf Dauerhaftigkeit zu eigen ist. ⁵⁾

Von innerstaatlichen Körperschaften unterscheiden sich die Staaten durch die Originarität ihrer Rechtsordnung. Mit den Supranationalen Gemeinschaften haben die Staaten das "imperium" gemeinsam, d.h. sie können Recht setzen und durchsetzen. ⁶⁾ Sie unterscheiden sich aber von den Supranationalen Gemeinschaften durch ihr "dominium", das ist die Fähigkeit, wenigstens über einen Teil des Herrschaftsgebietes zu verfügen. ⁷⁾

2. Gang der Untersuchung.

Insbesondere der oben erwähnte Staatsbegriff im Sinne des Völkerrechts kann aber nur den Vergleichsmaßstab abgeben, an dem der Begriff des "Landes", so wie ihn das GG näher ausgestaltet hat, gemessen wird; denn nicht ein abstrakter wissenschaftlicher Bundesstaatsbegriff ist in Art. 79, III für unantastbar erklärt, sondern der Begriff des Landes, mit dem in der Verfassung bestimmten Inhalt und den dort festgelegten Grenzen. (siehe S.17/18)!

1) Dahm, S.77; G.Hoffmann, S.11/12; G.Jellinek, S.183, 429f Laband, Bd.I, S.57; Verdross, S.181; Zwecker, S.105f.

2) Insoweit ist die Drei-Elementen-Lehre modifiziert.

3) Kunz, S.637 und S.640; Nawiasky, Bundesstaat, S.8f(19)!

4) G.Hoffmann, DöV 67, 435.

5) Dazu ausführlich Zwecker, S.112 ff.

6) G.Hoffmann, S.11.

7) G.Hoffmann, S.12 und derselbe ausführlich in DöV 67, 435 ff.

Unter Berücksichtigung der methodischen Erkenntnisse können daher die wesentlichen Merkmale des Staatsbegriffes nicht unkontrolliert auf die Bundesländer übertragen werden. Statt dessen werden wir im Hinblick auf die bundesstaatliche Struktur ausgewählte Fälle nach dem GG lösen, um dann festzustellen in wie weit die speziellen Verfassungsbestimmungen mit der abstrakten Theorie übereinstimmen.

Auf diese Weise läßt sich das wissenschaftliche Begriffssystem am ehesten auf seine funktionale Richtigkeit hin und seine Anwendbarkeit auch auf die gegenwärtige Verfassung überprüfen.¹⁾ Die Rechtsfälle beweisen damit ihre Bedeutung sowohl für die Interpretation, als auch für die wissenschaftliche Systembildung.²⁾

b) Für die Untersuchung ergibt sich daraus:

Ob auf die Bundesländer der Staatsbegriff der h.L. zutrifft, wird anhand von je einem Fall zur Personalhoheit (§ 3,II,1), zur Territorialhoheit (§ 3,II,2) und zur Staatsgewalt (§ 3,II,3) überprüft werden. Dabei werden sich Unterschiede zwischen dem Staatsbegriff des Völkerrechts und des innerstaatlichen Rechts ergeben.

Ebenfalls an Beispielen (§ 4,I) soll geprüft werden, in welchem Umfang den Ländern ihre Kompetenzen entzogen werden können. Dadurch wird der Wesensgehalt des Begriffes Land im Sinne des GG soweit wie möglich eingegrenzt.

Da aber dieser Wesensgehalt nur sehr schwer erfaßbar und überdies dem Wandel der Anschauungen unterworfen ist, soll ein geeignetes Hilfsmittel gesucht werden, wodurch die einzelnen Verfassungsänderungen im Bund-Länder-Verhältnis auf ihre Vereinbarkeit mit Art.79,III überprüft werden können. Dabei wird das Rechtsinstitut des Übermaßverbotes als Ausübungsschranke für die Kompetenzhoheit des Bundes nutzbar gemacht werden (§4,II).

Zum Abschluß werden noch der Staatsnotstand (§5,I) und die Wiedervereinigung Deutschlands (§5,II) als mögliche Geltungsschranken des Art.79,III untersucht werden.

1) Siehe oben § 2,I,2a) Seite 20.

2) Siehe dazu ausführlich Hartwig, Jus 67,49f.

§ 3 Der materiale Inhalt des Art. 79, III A

I. Das Verhältnis der beiden Halbsätze zueinander

Wie oben (§ 2, I) schon angedeutet, hält die h.M. den Art. 79, III 1. Halbsatz (= Art. 79, III A) für eine abschließende Spezialregelung der unabänderlichen bundesstaatlichen Grundzüge.

1. Doppelter Schutz des Bundesstaates durch Art. 79, III Der "verobjektivierte Wille" des Gesetzgebers läßt aber für Art. 79, III auch die Deutung zu, daß nur zwei Grundsätze des bundesstaatlichen Aufbaues wegen ihrer besonderen Wichtigkeit beispielhaft aufgeführt worden sind, während der umfassende Schutz aller Grundzüge des Art. 20 unter Einfluß des Bundesstaates in der zweiten Hälfte (= Art. 79, III B) ausgesprochen wird. Diese Auffassung vertritt Laux.¹⁾ "Die Einteilung des Bundes in Länder" (= Art. 79, III A, a) garantiere den überlieferten Bundesstaatsbegriff, während durch "die Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung" (= Art. 79, III A, b) die Legislativfunktion der Länder exemplarisch hervorgehoben werde. Alle anderen Funktionen des Bundesstaates seien insoweit geschützt, als sie zum prinzipiellen Inhalt des Bundesstaates im Sinne des Art. 20 gehörten.

Auch H.H. Weber²⁾ sieht die allgemeine Staatsform des Bundesstaates in Art. 79, III B garantiert, möchte sie aber nur in den Grenzen der ersten Hälfte des Art. 79, III geschützt sehen.

1) Laux, S. 104 spricht von "Exemplifizierung".

2) H.H. Weber, S. 70 "...der bündische Charakter des Staatsverbandes (ist) bereits durch die Unverbrüchlichkeit der Staatsformbestimmung des Art. 20, I geschützt". S. 129 "Damit (Art. 20) besteht bereits eine allgemeine Garantie der föderativen Struktur der BRD, insbesondere also eine unüberwindliche juristische Schranke gegenüber etwaigen unitarischen Tendenzen. Der westdeutsche Staat muß ein Bundesstaat sein und zwar eine Bundesrepublik."

2. Bundesstaatsgarantie nur gemäß Art. 79,III A

Obwohl die praktische Bedeutung der Auffassung von H.H.Weber gering ist, muß auch ihr widersprochen werden. Beide Autoren gehen von dem Grundsatz eines doppelten Schutzes des Bundesstaates im Art. 79,III aus. Dem stehen aber Entstehungsgeschichte und Funktion des Art. 79,III entgegen.

a) Im Herrñchiemsee-Entwurf und während der Verhandlungen des PR waren bis zur 3. Lesung die Materien des Art. 79,III in zwei verschiedenen Artikeln mit unterschiedlicher Rechtsfolge geregelt. Während die "bundesstaatliche Grundstruktur" ¹⁾ bzw. "der bundesstaatliche Aufbau" ²⁾ mit einem besonders qualifizierten Beschluß des Bundesrates aufgehoben werden konnte, sollten die Grundzüge des Art. 1 und 2o GG von Anfang an unabänderlich sein. ³⁾ In dieser Entstehungsphase wird die Unhaltbarkeit der obigen Auffassungen besonders deutlich; denn die bundesstaatliche Grundstruktur kann nicht zunächst, wenn auch nur einstimmig für abänderbar erklärt werden und dann in einer anderen Bestimmung als Bestandteil der Grundzüge des Art. 2o GG unabänderlich sein. Beide Normen sind nur dann sinnvoll, wenn in den Grundzügen des Art. 2o im Sinne des Art. 79,III,B der Bundesstaatsbegriff nicht enthalten ist. An diesem Verhältnis der beiden Bestimmungen zueinander hat sich im weiteren Verfahren der Verfassungsgebung nichts geändert. Die Formulierung "wesentliche Veränderung des bundesstaatlichen Aufbaus" wurde nur deshalb durch den

-
- 1) Art. 1o7 HChE (PR Entwürfe S.29) "Ein Gesetz, durch das von der bundesstaatlichen Grundordnung abgegangen wird bedarf außer den sonstigen Erfordernissen des Art. 1o6 der einstimmigen Annahme im Bundesrat."
 - 2) Art. 1o7 I.Lesung HA (PR Entwürfe S.64) "Ein Gesetz, durch das der bundesstaatliche Aufbau wesentlich verändert wird, bedarf ... der Annahme im Bundesrat mit Dreiviertelmehrheit."
 - 3) Art. 1o8 I.Lesung HA (PR Entwürfe S.64) "Der Verfassungsänderung gemäß Art. 1o6 sind die in Art. 1 und 21 (=Art. 2o GG) dieses Grundgesetzes niedergelegten Grundsätze entzogen."

heutigen Wortlaut ersetzt, weil sie zu unbestimmt war und dauernde Streitigkeiten vor dem BVerfG hervorrufen hätte. ¹⁾

Auch die Vereinheitlichung der Rechtsfolge, die eine Zusammenfassung beider Materien in einen Rechtssatz erst ermöglichte, hat den Geltungsbereich der Norm nicht verändert. Den Besatzungsmächten erschien ein einstimmiger Bundesratsbeschluß oder eine Zweidrittelmehrheit als Schutz für das von ihnen gewünschte förderative System nicht ausreichend. ²⁾ Nur unter ihrem Druck wurde schließlich die Unabänderlichkeit auch der "Föderativ-

-
- 1) Von Anfang an wandte sich der Abg.Katz (13.Sitzung des Org.Aussch. vom 13.10.48 (Stenoprot.S.101 f, ebenso auf der 14.Sitzung des Org.Aussch. vom 14.10.48 (Stenoprot.S.5 und 23 f) gegen die unscharfe Formulierung. Auf der 19.Sitzung des Org.Aussch. vom 3.11.48 (Stenoprot.S.17) schlug er statt dessen erstmals die Formulierung "Einteilung des Bundes in Länder" vor.
Der Abg.Dehler wollte auch die Mitwirkung der Länder bei der Willensbildung des Bundes geschützt wissen. Schließlich griff der interfraktionelle Fünferausschuß diese Gedanken in seinem Vorschlag vom 5.2.49 (Drs.591) auf und konkretisierte den Begriff des "bundesstaatlichen Aufbaus" durch eine Formulierung, die unverändert vom BA in der 3.Lesung (50.Sitzung vom 10.2.49, Verhandlungen BA S.656) als Art. 106, III angenommen wurde.
"Ein Gesetz, durch das die Gliederung des Bundes in Länder und die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung (Art.65) berührt werden, bedarf der Zustimmung der Mehrheit von vier Fünfteln der Stimmen des Bundesrates." (PR Entwürfe S.220)
 - 2) Siehe dazu das Dokument Nr.1,II, das den Ministerpräsidenten von den alliierten Militärbefehlshabern am 1.7.1948 übergeben worden ist. Abgedruckt u.a. JöR NF 1 Seite 2.

klausel" durch den Vorschlag des ARA vom 2.5.49 eingeführt, ¹⁾²⁾ obwohl dadurch den Ländern das Selbstauflösungsrecht entzogen wurde, ein Recht, das eigentlich jedem Staat zusteht. ³⁾ Die Entstehungsgeschichte beweist daher eindeutig, daß der Bundesstaat nur im Umfang des Art.79,III A geschützt werden sollte.

b) Speziell gegen die Auffassung von Laux läßt sich noch die Funktion ⁴⁾ einer Verfassungsbestandsgarantie anführen. Auch Art.79,III wird die Fortentwicklung im sozialen, wirtschaftlichen und organisatorischen Bereich nicht aufhalten und notwendige Angleichungen im Verfassungsrecht nicht verhindern können. Diese Dinge vollziehen sich im außerrechtlichen Bereich und sind deshalb nur sehr bedingt mit Normen zu steuern. Daraus

-
- 1) Der HA nahm diese Formulierung ohne Begründung in der 4. Lesung an (57.Sitzung Verhandlungen HA S.755). Die Einführung der Unabänderlichkeit auch für die bundesstaatliche Struktur scheint also ein Teil des Kompromisses zu sein, durch den die ernststen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Alliierten und dem PR vom 25.3.-2.5.48 beseitigt wurden. Nur dadurch ist es zu erklären, daß der neue Artikel ohne weitere Diskussion angenommen wurde. Ausführliche Darstellungen der Krise v.M. S.14-17; W.Weber, Spannungen S.65 f (68).
 - 2) Die Alliierten-Dokumente sind abgedruckt bei E.R. Huber, 198 ff, 208 f. Allerdings war eine entsprechende Forderung auch von deutscher Seite erhoben worden. Der Abg.Heile hatte verschiedentlich gefordert, die Umwandlung des Bundesstaates in einen Einheitsstaat ganz zu verbieten (14.Sitzung des Org.Aussch. vom 14.10.48 (Stenoprot.S.19); 18.Sitzung des Org.Aussch. vom 27.10.48 (Stenoprot.S.70). Ebenso hatte der Abg. Finck angeregt, alle Wesenszüge des GG in einem Artikel zusammenzufassen und für unabänderlich zu erklären, 14.Sitzung des Org.Aussch.vom 14.10.48 (Stenoprot. S.31).
 - 3) Diese Einschränkung gegenüber dem völkerrechtlichen und auch herkömmlichen Bundesstaatsbegriff ist vom PR durchaus gesehen worden. Abg.Schwalber in der 13.Sitzung des Org.Aussch.vom 13.10.48 (Stenoprot. S.96 und 103). Das Selbstauflösungsrecht wird als Bestandteil der Staatsgewalt angesehen u.a.von Krüger Allgem.Staatslehre, S.871; Forsthoff, Körperschaft S.29 f.
 - 4) Für die Zulässigkeit des funktionalen Gesichtspunktes bei der Interpretation von Rechtsnormen siehe speziell Jesch S.61 f (62).

folgt: Je größer der für unantastbar erklärte Bereich ist, desto eher müssen die fortschrittlichen Kräfte den Weg der Revolution beschreiten, um notwendige Änderungen zu vollziehen. ¹⁾ Notwendig ist ein Mittelweg zwischen Starrheit und Flexibilität. Er ist nur durch eine rigide Interpretation des garantierten Kernbereichs zu erreichen; denn jedes zusätzliche Schutzgut kann den Bruch, jeder Mangel an Substanz die Verbiegung des ganzen Systems nach sich ziehen. Die h.L. folgert daraus, daß Verfassungsbestandsgarantien nicht extensiv ausgelegt werden dürfen. ²⁾

3. Ergebnis.

Beide Gesichtspunkte unterstützen die h.L. Danach stellt die Formulierung "Einteilung des Bundes in Länder und Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung" gegenüber Art. 79,III B eine Spezialregelung und eine authentische Interpretation der Grundzüge des Bundesstaates im Sinne des Art. 79,III dar. ³⁾

1) H.H.Weber, S. 60.

2) M-D Art. 79, Rdnr.27; Kölble, DÖV 67,1f (6); Herrfardt, BK Art. 79 Nachtrag Erl.6 auf Seite 12.; Thoma (in: Grundrechte der RV I, S. 24 f) hat das gleiche Auslegungsprinzip schon für die Freiheitsrechte der Bürger gegenüber dem Staat entwickelt.

3) Curtius, S. 71; derselbe, DÖV 54,705 f (707); Grewe, DRZ 49,349/350; Hamm, Art. 79, B, 10 S.348; Hamm, S. 106/107; Harbich, S. 104; Herrfardt, BK Art. 79 Erl. II; Kölble, DÖV 64, 217 f (222); derselbe, DÖV 67,1f (6/7); M-D Art. 79, Rdnr.40 und 46.

II Landesstaatsgarantie durch Art. 79,III A

Nachdem wir das Verhältnis der beiden Halbsätze des Art. 79,III zueinander geklärt haben, können wir die Föderativklausel auf ihren Inhalt hin untersuchen. Sie läßt sich in zwei Bestandteile zerlegen, "die Einteilung des Bundes in Länder" (Art. 79,III A,a) und "die Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung" (Art. 79,III A,b).

Wir untersuchen zunächst die 1. Alternative. Sie schützt nach h.M. (siehe oben § 2,I) den Staatscharakter der Länder und damit die Grundlage des Bundesstaates. Eine territoriale Aufgliederung des Bundes in Provinzen mit mehr oder weniger großer Autonomie würde dieser Vorschrift daher nicht genügen. Weil diese Auffassung aber nicht unumstritten ist, ¹⁾ wollen wir versuchen, diese Frage mit dem unter § 2,II dargestellten Verfahren zu beantworten.

1. Die Personalhoheit (Staatsangehörigkeitsfall)

Als Ausgangspunkt dient ein Fall, an dem der Umfang der Personalhoheit ²⁾ der Länder nach dem augenblicklich geltenden Verfassungsrecht festgestellt werden soll.

Das Bundesland L möchte ein Gesetz über die Landesstaatsangehörigkeit erlassen, worin unter bestimmten Voraussetzungen Ausländern und Staatenlosen die Landesstaatsangehörigkeit verliehen werden kann, ohne daß sie gleichzeitig die Bundesstaatsangehörigkeit nach den bundesgesetzlichen Vorschriften erwerben.

Ist eine solche Regelung zulässig?

1) Gegen des Staatscharakter der heutigen Bundesländer haben sich ausgesprochen: W.Weber, Spannungen S.49; Kreutzer, Bund und Länder S.4. Usteri, S.207f und 238f leugnet die Staatlichkeit von Bund und Ländern.

2) Unter Personalhoheit versteht die h.L. die originäre und effektive Hoheitsgewalt, so weit sie auf Personen bezogen werden kann. Sie wird als ein konstitutives Staatselement angesehen. Siehe etwa Dahm, S.151; Berber, S.116.

a) In formaler Hinsicht wäre ein entsprechendes Landesgesetz unbedenklich.

Zwar besteht für den Bund gemäß Art. 74 Ziff.8 die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit auf dem Gebiet der Landesstaatsangehörigkeit. Solange der Bund von dieser Befugnis aber keinen Gebrauch gemacht hat, bleiben die Länder zuständig (Art. 72,I). Die Materie der Landesstaatsangehörigkeit ist weder vom Bund ausdrücklich geregelt worden, noch bestanden beim Inkrafttreten des Grundgesetzes in dieser Hinsicht gültige reichsgesetzliche Bestimmungen, die nach Art. 125 als Bundesrecht fortgelten könnten. ¹⁾²⁾

Das Bundesland L hat daher die Kompetenz, ein eigenes Staatsangehörigkeitsgesetz zu erlassen. ³⁾

-
- 1) Auch dies reicht aus für das Gebrauchmachen im Sinne des Art. 74 und 72 GG.
 - 2) Insbesondere können die §§ 33-35 RuStAG vom 22.7.1913 (RGBl I, S.583) nicht solches Recht sein, obwohl sie bestimmten, daß die Reichsangehörigkeit durch die Landesangehörigkeit vermittelt wurde, und damit eine Regelung der Landesstaatsangehörigkeit enthielten. Die §§ sind faktisch durch das "Neuaufbaugesetz" vom 30.1.34 (RGBl I, S.75) und ausdrücklich durch § 1 der VO über die Deutsche Staatsangehörigkeit vom 5.2.1934 (RGBl I, S.85) aufgehoben worden. Sollte die Gültigkeit der entsprechenden Akte bezweifelt werden, so wären diese Bestimmungen des RuStAG durch Nichtanwendung und die Effektivität der entgegenstehenden VO außer Kraft getreten. Auch die VO und das zugrundeliegende Neuaufbaugesetz vermögen keine Sperrwirkung gegenüber landesgesetzlichen Regelungen zu erzeugen, da sie ebenfalls obsolet geworden sind. Siehe zum ganzen Problem ausführlich Hoffmann AöR 81, S.327 ff.
 - 3) Hoffmann AöR 81,330; Schätzel in: Grundrechte II, 538 f (539) und AöR 81,270 f und die h.M.

b) Die landesgesetzliche Regelung könnte in materieller Hinsicht mit dem GG unvereinbar sein. Diese Frage muß unter drei Gesichtspunkten erörtert werden: dem sachlichen Umfang, dem personalen Umfang und dem Gliedstaatscharakter des Landes L.

aa) Art. 32, III macht es den Ländern möglich, durch Verträge im völkerrechtlichen Bereich tätig zu werden. Die Staatsangehörigkeit "im Sinne des Völkerrechts" bezweckt aber ausschließlich, daß die Staaten untereinander ihre Rechte und Pflichten gegenüber bestimmten Personen abgrenzen. ¹⁾ Falls die Vorschriften auch diese Materie erfassen sollten, würde es sich um eine außervertragliche Betätigung des Landes im auswärtigen Bereich handeln, die ihm durch Art. 32, I versagt ist. ²⁾ Für eine mögliche Regelungslücke ergeben sich keine Anhaltspunkte. Die ausschließliche (Art. 73 Ziff. 2 = Staatsangehörigkeit im Bunde) und konkurrierende (Art. 74 Ziff. 8 = Staatsangehörigkeit in den Ländern) Kompetenz des Bundes in diesem Bereich zeigt sogar besonders deutlich, daß die Materie des Staatsangehörigkeitsrechts von Art. 32, I erfaßt werden sollte. ³⁾ Die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen des Landes L könnten daher nur die Staatsangehörigkeit "im Sinne des Staatsrechts" ⁴⁾ regeln.

-
- 1) Zum Begriff: Wengler, AöR 75, 41 m.w.N.; Hoffmann, AöR 81, 302 f (304); Verdross, S. 201.
 - 2) Hoffmann, AöR 81, 315 f (318, 330); Mosler, Festschrift für Bilfinger S. 252 ff (262).
 - 3) Auch der föderalistische Entwurf von Herrenchiemsee, der in Art. 41 (abgedruckt u.a. Bericht, S. 66) die Zuständigkeit für völkerrechtliche Verträge nach der Gesetzgebungszuständigkeit aufteilte, hatte also von vorn herein diesen Bereich der auswärtigen Gewalt des Bundes zugewiesen.
 - 4) Darunter versteht Hoffmann (AöR 81, 305, 307) die Regelung der Staatsangehörigkeit mit Wirkung für den Bereich des Staatsrechts. Der Staat kann hierdurch einer Vielzahl von Individuen besondere Rechte und Pflichten auferlegen.

gen sind daher mit dem in dieser Beziehung unitarischen Charakter des Bundesstaatsbegriffes nicht vereinbar und wären verfassungswidrig. ¹⁾

c) Für den Bundesstaatsbegriff ergibt sich: Die Entscheidung über die Landesstaatsangehörigkeit steht im GG nicht dem Land zu. Die Personalhoheit der Länder ist zumindest eingeschränkt, da die Entscheidung darüber, wer die Landesangehörigkeit erwirbt, von den bundesgesetzlichen Bestimmungen abhängen kann. Falls die Entscheidung über die Staatsangehörigkeit als wesentliches Element der Personalhoheit angesehen wird, hätten die Länder keine Personalhoheit und wären demzufolge auch keine "Staaten".

Für die Personalhoheit ist aber nicht entscheidend, wer das Staatsbürgerrecht verleihen oder entziehen darf, sonst wäre das Reich von 1871 ebenfalls kein Staat gewesen. Damals wurde ja die Reichsangehörigkeit durch die Landesangehörigkeit vermittelt. Für einen Staat sind nicht Staatsangehörige, sondern Untertanen erforderlich. ²⁾ Wesensmerkmal der Personalhoheit ist ihre Eigenschaft als Zurechnungsgrund für staatliche Hoheitsbefehle. Aus der Unzuständigkeit der Länder, ihre Staatsangehörigkeit unabhängig von derjenigen des Bundes zu regeln, ergibt sich also kein Argument gegen ihre Staatlichkeit.

1) So die Autoren in Anm.4 auf S.12; Maunz § 24,I,4 S. 189; G.Jellinek, S.771.

2) Kunz, S.637.

cc) Es handelt sich nämlich bei einem Bundesstaat nicht um eine lockere Staatenverbindung, deren Glieder auch noch voneinander unabhängig existieren können. Dem Bundesstaat in seiner heutigen grundgesetzlichen Ausprägung ist die Übereinstimmung sowohl des personalen als auch des territorialen Elements immanent: Der Zentralstaat (Bund) ist gebiets- und bevölkerungsmäßig identisch mit der Gesamtheit der Gliedstaaten (Länder). ¹⁾ Ein Primat hinsichtlich der Staatsangehörigkeit entweder des Bundes oder der Länder ist deshalb dem Bundesstaat eigentümlich. ²⁾

Das GG folgt eindeutig dem Primat der Bundesstaatsangehörigkeit, da es beide Materien der bundesgesetzlichen Regelung zugänglich macht (Art. 73 Ziff.2, 74 Ziff.8). Diese dem herkömmlichen deutschen Bundesstaatsdenken fremde Lösung ist aus dem Entstehungstatbestand der BRD, der "Rückföderalisierung", zu erklären. ³⁾

Wenn das Landesstaatsangehörigkeitsgesetz die Möglichkeit eröffnet, daß Bundesstaatsangehörigkeit und Landesstaatsangehörigkeit auseinander fallen könnten, so würde dadurch die bundesstaatliche Verklammerung aufgebrochen und die "personale Homogenität" im Bundesstaat beseitigt. ⁴⁾ Eine solche Möglichkeit sollte durch das GG ausgeschlossen werden. ⁵⁾ Die entsprechenden Bestimmun-

-
- 1) Für das GG: Maunz, § 24, I, 4 S.189; für RV und WRV: G.Jellinek, S.771; Nawiasky, Bundesstaat S.129, aber damals galt das Prinzip noch nicht unbeschränkt.
 - 2) In der Geschichte sind beide Möglichkeiten vorgekommen. Die unitarischen Bundesstaaten der USA und UdSSR haben den Primat des Zentralstaates, während der Deutsche Bund von 1867, das Deutsche Reich von 1871 und die Weimarer Republik von 1919 den Primat der Länder (Gliedstaaten) verwirklichten. Siehe dazu Hoffmann, AöR 81, 324 f.
 - 3) Dazu ausführlich Kunz, S.627 f. Diese unitarischen Elemente des GG wurden insbesondere von der SPD und FDP im PR durchgesetzt. Siehe dazu Flechtheim, Bund und Länder S.22 f (29 f).
 - 4) Hoffmann, AöR 81, 332.
 - 5) Siehe Seite 35 Anm.3.

gen sind daher mit dem in dieser Beziehung unitarischen Charakter des Bundesstaatsbegriffes nicht vereinbar und wären verfassungswidrig. ¹⁾

c) Für den Bundesstaatsbegriff ergibt sich: Die Entscheidung über die Landesstaatsangehörigkeit steht im GG nicht dem Land zu. Die Personalhoheit der Länder ist zumindest eingeschränkt, da die Entscheidung darüber, wer die Landesangehörigkeit erwirbt, von den bundesgesetzlichen Bestimmungen abhängen kann. Falls die Entscheidung über die Staatsangehörigkeit als wesentliches Element der Personalhoheit angesehen wird, hätten die Länder keine Personalhoheit und wären demzufolge auch keine "Staaten".

Für die Personalhoheit ist aber nicht entscheidend, wer das Staatsbürgerrecht verleihen oder entziehen darf, sonst wäre das Reich von 1871 ebenfalls kein Staat gewesen. Damals wurde ja die Reichsangehörigkeit durch die Landesangehörigkeit vermittelt. Für einen Staat sind nicht Staatsangehörige, sondern Untertanen erforderlich. ²⁾ Wesensmerkmal der Personalhoheit ist ihre Eigenschaft als Zurechnungsgrund für staatliche Hoheitsbefehle. Aus der Unzuständigkeit der Länder, ihre Staatsangehörigkeit unabhängig von derjenigen des Bundes zu regeln, ergibt sich also kein Argument gegen ihre Staatlichkeit.

1) So die Autoren in Anm.4 auf S.12; Maunz § 24,I,4 S. 189; G.Jellinek, S.771.

2) Kunz, S.637.

cc) Es handelt sich nämlich bei einem Bundesstaat nicht um eine lockere Staatenverbindung, deren Glieder auch noch voneinander unabhängig existieren können. Dem Bundesstaat in seiner heutigen grundgesetzlichen Ausprägung ist die Übereinstimmung sowohl des personalen als auch des territorialen Elements immanent: Der Zentralstaat (Bund) ist gebiets- und bevölkerungsmäßig identisch mit der Gesamtheit der Gliedstaaten (Länder). ¹⁾ Ein Primat hinsichtlich der Staatsangehörigkeit entweder des Bundes oder der Länder ist deshalb dem Bundesstaat eigentümlich. ²⁾

Das GG folgt eindeutig dem Primat der Bundesstaatsangehörigkeit, da es beide Materien der bundesgesetzlichen Regelung zugänglich macht (Art. 73 Ziff.2, 74 Ziff.8). Diese dem herkömmlichen deutschen Bundesstaatsdenken fremde Lösung ist aus dem Entstehungstatbestand der BRD, der "Rückföderalisierung", zu erklären. ³⁾

Wenn das Landesstaatsangehörigkeitgesetz die Möglichkeit eröffnet, daß Bundesstaatsangehörigkeit und Landesstaatsangehörigkeit auseinander fallen könnten, so würde dadurch die bundesstaatliche Verklammerung aufgebrochen und die "personale Homogenität" im Bundesstaat beseitigt. ⁴⁾ Eine solche Möglichkeit sollte durch das GG ausgeschlossen werden. ⁵⁾ Die entsprechenden Bestimmun-

-
- 1) Für das GG: Maunz, § 24, I, 4 S.189; für RV und WRV: G.Jellinek, S.771; Nawiasky, Bundesstaat S.129, aber damals galt das Prinzip noch nicht unbeschränkt.
 - 2) In der Geschichte sind beide Möglichkeiten vorgekommen. Die unitarischen Bundesstaaten der USA und UdSSR haben den Primat des Zentralstaates, während der Deutsche Bund von 1867, das Deutsche Reich von 1871 und die Weimarer Republik von 1919 den Primat der Länder (Gliedstaaten) verwirklichten. Siehe dazu Hoffmann, AöR 81, 324 f.
 - 3) Dazu ausführlich Kunz, S.627 f. Diese unitarischen Elemente des GG wurden insbesondere von der SPD und FDP im PR durchgesetzt. Siehe dazu Flechtheim, Bund und Länder S.22 f (29 f).
 - 4) Hoffmann, AöR 81, 332.
 - 5) Siehe Seite 35 Anm.3.

gen sind daher mit dem in dieser Beziehung unitarischen Charakter des Bundesstaatsbegriffes nicht vereinbar und wären verfassungswidrig. ¹⁾

c) Für den Bundesstaatsbegriff ergibt sich: Die Entscheidung über die Landesstaatsangehörigkeit steht im GG nicht dem Land zu. Die Personalhoheit der Länder ist zumindest eingeschränkt, da die Entscheidung darüber, wer die Landesangehörigkeit erwirbt, von den bundesgesetzlichen Bestimmungen abhängen kann. Falls die Entscheidung über die Staatsangehörigkeit als wesentliches Element der Personalhoheit angesehen wird, hätten die Länder keine Personalhoheit und wären demzufolge auch keine "Staaten".

Für die Personalhoheit ist aber nicht entscheidend, wer das Staatsbürgerrecht verleihen oder entziehen darf, sonst wäre das Reich von 1871 ebenfalls kein Staat gewesen. Damals wurde ja die Reichsangehörigkeit durch die Landesangehörigkeit vermittelt. Für einen Staat sind nicht Staatsangehörige, sondern Untertanen erforderlich. ²⁾ Wesensmerkmal der Personalhoheit ist ihre Eigenschaft als Zurechnungsgrund für staatliche Hoheitsbefehle. Aus der Unzuständigkeit der Länder, ihre Staatsangehörigkeit unabhängig von derjenigen des Bundes zu regeln, ergibt sich also kein Argument gegen ihre Staatlichkeit.

1) So die Autoren in Anm.4 auf S.12; Maunz § 24,I,4 S. 189; G.Jellinek, S.771.

2) Kunz, S.637.

2. Territorialhoheit (Fall der Gebietsabtretung)

Wir wenden uns nunmehr einem Fall zu, an dem der Umfang der Landesterritorialhoheit ¹⁾ überprüft werden soll.

Die BRD will an den auswärtigen Staat S ein Gebiet von 5 km² abtreten. Vor dem Vertragsschluß hat der Bund das Land L angehört, zu dessen Territorium das Gebiet gehört. Ist zu diesem Vertrag auch noch die Zustimmung des Landes L erforderlich?

Die wohl h.M. ²⁾ bejaht diese Frage und beruft sich dabei u.a. auf die aus dem Staatscharakter der Länder resultierende "Gebietshoheit". ³⁾

In diesem Zusammenhang soll Gebietshoheit offensichtlich nicht mit dem völkerrechtlichen Begriffsinhalt des imperiums verstanden werden; denn damit würde nur die für die Staatseigenschaft unwesentliche Herrschaft auf einem Gebiet (in der Regel das eigene Staatsgebiet) erfaßt.

Man hat deshalb die Gebietshoheit auch mit dem bürgerlich-rechtlichen Institut des Besitzes verglichen. ⁴⁾

Nur wenn man unter "Gebietshoheit" die völkerrechtliche Territorialsouveränität begreift, ist sie für den Staatsbegriff unentbehrlich. Territoriale Souveränität (=dominium) ist ähnlich wie das Eigentum im Zivilrecht ein absolutes Recht, mit seinem Gebiet nach Belieben zu verfahren. Ihre wesentlichen Elemente sind neben der Zessionsbefugnis das Recht des Staates, das Gebiet zu vernichten oder die eigene Herrschaftsgewalt (=imperium) in vollem Umfange auszuüben oder zu beschränken. ⁵⁾

Um Mißverständnisse zu vermeiden wird im folgenden die völkerrechtliche Terminologie zugrunde gelegt.

Die Zessionsbefugnis kann trotz ihres Einflusses auf die territoriale Souveränität durch vertragliche Bestimmungen eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.

1) Dahm, S.539 f und Giese, HdbDStR I, S.227 verstehen darunter die originäre und effektive Staatsgewalt, soweit sie sich auf ein Gebiet bezieht.

2) Berzel, NJW 63, 785 ff; Maunz, §5,I,4 S.22; M-D Art. 32 Rdnr.23 und Art. 23 Rdnr.12; vM-K I, S.652.

3) Siehe etwa Maunz, § 5,I,4 S.22.

4) Verdross, S.268.

5) Berber, S. 117/118, 296; Verdross, S.267/268.

Niemals kann aber das Abtretungsrecht durch eine fremd bestimmte Rechtsnorm völlig ausgeschlossen werden, ohne daß dadurch der betreffende Herrschaftsverband seine Staatseigenschaft verliert. Als Bestandteil der territorialen Verfügungsbefugnis ist daher die Zessionsbefugnis wesentliches Element des völkerrechtlichen Staatsbegriffes.

a) Die Mehrzahl der Autoren argumentiert daraufhin folgendermaßen: Es handelt sich bei dem Bundesstaat um eine spezifische Verbindung echter Staaten, denen jeweils auf ihrem Gebiet dominium zu eigen ist. Da die territoriale Souveränität eine fremdbestimmte, gebietsmäßige Einschränkung der Herrschaftsgewalt nicht zuläßt, können in einem Bundesstaat Gebietsabtretungen jedenfalls an auswärtige Staaten nur bei Übereinstimmung der Betroffenen erfolgen. Solange dem Bund die umfassende auswärtige Gewalt vorbehalten ist (Art. 32,I; 73 Nr.1; 87,I,1) kann bei einer Veränderung der Bundesaußengrenzen die notwendige Übereinstimmung allenfalls durch eine (bindende) Zustimmung des mitbetroffenen Landes erreicht werden.¹⁾

Diese Auffassung läßt sich noch mit einem historischen und einem komparativen Gesichtspunkt stützen. Sowohl nach der RV als auch nach der WRV war zur Gebietsabtretung an auswärtige Staaten die Zustimmung der betroffenen Länder erforderlich.²⁾ Auch die drei "klassischen" Bundesstaaten, die Schweiz, Österreich und die USA, verlangen in derartigen Fällen in ihren Verfassungen die Zustimmung der betroffenen Länder.³⁾

-
- 1) M-D Art.32 Rdnr.23 und Art.23 Rdnr.12; Maunz § 5,I,4 S.22; vM-K, S.652; Berzel, NJW 63,785ff.
 - 2) Für die RV siehe Laband, Bd.I, S.90, 198 f (200); Meyer-Anschütz, S.242; für die RV siehe Giese, HdbStL I, S.236; Anschütz, Anm.8 zu Art.78 WRV. C.Schmitt, S.368 rechnete sogar die Bestandsgarantie jedes Gliedstaates zur verfassungsrechtlichen Grundentscheidung, da der Zweck des Bundes im Schutz der Einzelstaaten liege. Zum Schutzzweck des Bundesstaates auch Kelsen, S.207.
 - 3) Schweiz: Art.5,IIIBV und Giacometti, S.48f (53); Österreich: Art.3,II BV und Adamovick-Spanner, S.128; USA: vergl. Bernhardt, S.75f; ein rechtsvergleichen-der Überblick findet sich bei Teklüve, S.262ff.

b) Die Gegenmeinung könnte sich auf Art. 32,II berufen, der mehr als ein Anhörungsrecht des betroffenen Landes gerade habe vermeiden wollen. Mit diesem Umkehrschluß wird jedoch übersehen, daß die Verfassung nicht ein geschlossenes System, sondern nur eine Zusammenfassung von Einzelentscheidungen darstellt (siehe § 2). Aus einer Interpretation von anderen Verfassungsbestimmungen und -prinzipien kann sich durchaus ein Ausschluß des Art. 32,II für den territorialen Bereich ergeben.

Die h.M. hat aber einen methodischen Fehler gemacht. Solange die Gliedstaaten eines Bundesstaates keine souveränen Staaten sind, und daher nur im Rahmen der Gesamtverfassung ihre Befugnisse ausüben können, ist es falsch, von einem abstrakten Bundesstaatsbegriff auszugehen. Zuerst muß geprüft werden, ob die Frage nicht durch eine Interpretation der Regelungen des GG (siehe § 2) gelöst werden kann. ¹⁾

aa) Eine dem Art. 78,III,1 WRV entsprechende ausdrückliche Bestimmung, die die Abtretung von Bundesgebiet an auswärtige Staaten regelt, ist im GG nicht vorhanden. Art. 29 bezieht sich nur auf die interne Gebietsveränderung. ²⁾ Diese Regelung läßt sich auch nicht analog auf die Gebietsabtretung an auswärtige Staaten übertragen, da es hier an der für den Analogieschluß nötigen Gleichheit der Interessenlage fehlt. ³⁾ Es besteht für den Bund ein Unterschied, ob sich lediglich die innere Untergliederung des Bundesgebietes ändert, oder ob auch der räumliche Geltungsbereich der Bundesgewalt eingeschränkt wird. Wenn wir dennoch auf den Art. 29 zurückgreifen, so nur, um eventuell aus dieser Verfassungsentscheidung Gesichtspunkte für die Problemlösung zu erhalten.

1) Schon Kunz, S.645 hat darauf hingewiesen, daß bei Gebietsveränderungen die Zustimmung oder Anhörung nicht "apriorisch" aus dem Bundesstaatsbegriff erschlossen werden kann, sondern dies sei ausschließlich eine Frage der positivrechtlichen Normierung.

2) M-D Art.29 Rdnr.9; Seifert-Geeb, I,A,82 Anm. zu § 1 S. 5; Wohl auch vM-K, I S.753 (III,2 b).

3) Zum Analogieschluß siehe: Engisch, S. 143.

bb) Art. 29, I-IV regelt unter dem Gesichtspunkt der Neugliederung ausführlich die Abtretung von Landesgebiet an ein anderes Bundesland durch den Bund. Hierbei wird auf eine Beteiligung oder gar Zustimmung der betroffenen Länder ganz verzichtet. Die Gründe für die Zurückdrängung des föderalen zugunsten des demokratischen Elements waren sowohl die schlechten Erfahrungen, die man unter der WRV mit der Berücksichtigung der Landesterritorialhoheit gemacht hatte, ¹⁾ als auch die Tatsache, daß die Landesgrenzen weniger einer historischen Entwicklung als vielmehr besatzungsrechtlichen Gegebenheiten entsprachen. ²⁾ Da bei der Neugliederung nicht einmal der Bestand eines bestimmten Landes durch den Bund respektiert zu werden braucht, ³⁾⁴⁾ kann in dieser Hinsicht von einer territorialen Souveränität nicht gesprochen werden.

-
- 1) Schon der Bericht von Herrenchiemsee weist darauf hin (Bericht, darstellender Teil, S.27). Im PR wurde diese Auffassung u.a. vertreten vom Abg.Schmid, 2. Sitzung des Plenums am 8.9.48 (Stenober. S.16,17); vom Abg.Bergsträßer, 13. Sitzung GA am 20.10.48 (Stenoprot. S.13); vom Abg.v.Mangoldt, 16. Sitzung GA am 29.10.48 (Stenoprot. S.13); derselbe, 4. Sitzung HA am 17.11.48 (Verhandlungen HA S.54). Siehe auch vM-K S.719 f m.w.N.; Ule, NJW 63,1137.
 - 2) Bezeichnend ist eine Äußerung des Abg.Heuß auf der 3.Sitzung des Plenums vom 9.9.48 (Stenober. S.41): "Ich will niemand zu nahe treten, aber manche dieser 'Staaten' sind weniger originär als originell in der Art, wie sie geworden sind". Ähnlich die Abg. Frau Selbert auf der 14. Sitzung des Org.Aussch. vom 14.10.48 (Stenoprot. S.12): "Sammelsurium von völlig willkürlichen Ländergebilden."
 - 3) Bleibaum, S.64; Harbich, S.145; Grewe, DRZ 49,350; vM, S.158, 193; M-D Art.29 Rdnr.7 m.w.N. Anm.1 S.6/7; Nawiasky, Grundgedanken S.73 f; H.H.Weber, S.133; BVerfG 1,47 f; 5,38; 13,75 und 94.
 - 4) Daraus ergibt sich aber nicht ein Bekenntnis zum "labilen" Bundesstaat im Sinne von Thoma (HdbDStR I S.184) wie das BVerfG 1,14 f (48) und Hamm, S.107 meinen; denn die Länder als Institution können nicht beseitigt werden. Ebenso Curtius, S. 79 und H.H. Weber, S.151.

cc) Das Neugliederungsverfahren ließe sich als ein aufgeschobener Akt des Verfassungsgebers ansehen, der an den normalen Verhältnissen nichts ändern würde. Art. 29,VII gibt aber dem Bund die Kompetenz zum Erlass eines Verfahrensgesetzes für sonstige innerstaatliche Gebietsänderungen. Aufgrund dieser Berechtigung hat der Bund ein entsprechendes Gesetz erlassen, ¹⁾ wodurch gleichzeitig der Meinungsstreit über den Umfang dieser Bundeskompetenz beseitigt worden ist.

Art. 29,VII erfaßt nach nunmehr h.M. ²⁾ auch die "Grenzberichtigungen" (Begradigungen und Gebietsänderungen kleineren Umfanges), für die nach Auffassung einiger Autoren ³⁾ die Länder zuständig geblieben waren. In der unzureichenden Unterscheidungsmöglichkeit zwischen großen und kleinen Gebietskorrekturen lag wohl auch der eigentliche Grund, den damaligen Art. 26,VIII ⁴⁾ ersatzlos zu streichen und dadurch die Differenzierung zu beseitigen. ⁵⁾

-
- 1) Gesetz über das Verfahren bei Änderung des Gebietsbestandes der Länder nach Art.29,VII des Grundgesetzes vom 16.3.1965 (BGBl I, S.65) (=GAG).
 - 2) siehe etwa vM-K S.748 und 732; Hans Schneider, DÖV 57,644 f (646); Tekülve, S.268; H.H.Weber, S.134/135 Anm.1.
 - 3) so M-D Art. 29 Rdrn.80 und 17; v.Egloffstein, S.146f; Jaeger, Festschrift für Naviasky, S.373.
 - 4) darauf hatten vM-K, S.732, 748, 795, sowie Hans Schneider, DÖV 57, 644 f (646) hingewiesen. Art. 26,VIII lautete (PR Entwürfe S.205): "Grenzberichtigungen werden durch Staatsverträge zwischen den beteiligten Ländern vorgenommen."
 - 5) Dadurch blieb es bei der allgemeinen Regelung des Art. 26,I (PR Entwürfe S.204): "Der Gebietsbestand der Länder kann durch Bundesgesetz geändert werden." Diese Bestimmung wurde schließlich ebenfalls gestrichen, weil man sie im Hinblick auf Art.29,VII für überflüssig hielt. Da während der Verhandlungen keine Einigung über die Abgrenzung von Gebietsänderungen zu bloßen Grenzkorrekturen erzielt werden konnte, spricht mehr für eine generelle Überweisung der Zuständigkeit auf den Bund durch die Streichungen. So auch v.M-K, S.748.

Bundestag und Bundesrat haben sich dieser Auffassung angeschlossen. Die ausschließliche Berechtigung des Bundes zu Verfahrensregelungen bei Änderungen der Landesgrenzen jeglichen Umfanges ergibt sich nicht nur aus den gesetzlichen Bestimmungen, ¹⁾ sondern wurde darüberhinaus noch in der Begründung der Bundesregierung zu diesem Gesetz klargestellt. ²⁾

dd) Nunmehr wird aus der Kompetenz zur Neugliederung und der generellen Zuständigkeit für Verfahrensregelungen bei der Gebietsveränderung auf eine umfassende Bundeskompetenz auch hinsichtlich der Veränderung der Binnengrenzen geschlossen. ³⁾ Dem Bund soll nach h.M. innerhalb und außerhalb des Neugliederungsverfahrens die Befugnis zustehen, Landesgrenzen zu ändern und auch

-
- 1) § 1, I GÄG erklärt die Landesgrenzen für die Länder im Grundsatz für unantastbar, nur Veränderungen unter 500 ha sind zulässig.
§ 1, II GÄG läßt Gebietsänderungen für die Länder bis zu 1 000 ha zu, wenn sie einen der enumerativ aufgezählten Zwecke verfolgen und ein vorgeschriebenes Verfahren einhalten.
siehe dazu § 2 GÄG und die VO über das Verfahren nach den §§ 2 und 3 des GÄG nach Art. 29, VII des GG vom 3.12.65 (BGBl I, S.1896)
§ 3, I beläst dem Bund eine subsidiäre Zuständigkeit auch für diese kleineren Grenzkorrekturen, wobei aber ein Antrag eines Landes vorliegen und ein öffentliches Interesse gegeben sein muß.
§ 8 sanktioniert die früheren territorialen Vereinbarungen der Länder, die ohne entsprechende bundesgesetzliche Regelungen abgeschlossen worden und damit ungültig waren.
- 2) Drs. IV/2746 S.4 "... die Kompetenznorm des Absatz 7 bezieht sich auf alle Gebietsveränderungen zwischen den Ländern der Bundesrepublik außerhalb des ... Neugliederungsverfahrens"
und in der Anm. zu § 8 heißt es:
"Soweit in der Vergangenheit Vereinbarungen von Ländern über eine Änderung ihrer Grenzen abgeschlossen wurden, bedürfen sie daher zu ihrer Wirksamkeit einer nachträglichen bundesgesetzlichen Genehmigung: diese herbeizuführen, ist Zweck des § 8."
Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme diesen Ausführungen nicht widersprochen.
- 3) So das BVerfG 5, 34 (39); H.H.Weber, S.133/134.

einzelnen Bundesländer zu beseitigen. ¹⁾²⁾

Gegen eine Bundeskompetenz dieses Umfanges hat sich soweit ersichtlich nur Richard Jaeger gewandt. ³⁾ Er leugnet die auch von extremen Föderalisten zugestandene Notwendigkeit der Sanktion von Staatsverträgen der Länder über ihr Gebiet durch den Bundesgesetzgeber. ⁴⁾ Art. 29, I bis VI, so meint er, beziehe sich nur auf den außergewöhnlichen Fall der Neugliederung, so daß im Normalfall die aus dem Staatscharakter resultierende umfassende territoriale Verfügungsbefugnis der Länder über ihr Gebiet fortbestehe. Nach Abschluß der Neugliederung seien ausschließlich die Gliedstaaten befugt, ihre Grenzen untereinander durch Staatsverträge abzuändern. ⁵⁾

- 1) Die einzelnen Bundesländer sind in ihrer Existenz nicht geschützt, so u.a. BVerfG 1,14 f (47/48); 13,54 f (75); Hamann, S.243; Hamm, S.107; Hesse, Grundzüge S.256; Laux, S.106; Maunz, § 5, II, 3 S.23; M-D Art.20 Rdnr.14; Art.29 Rdnr.6 Anm.1; vM-K, S.723; Seifert-Geeb, I, A 10 S.131; Wernicke BK Art. 29, Erl. II, 19.
- 2) Dabei ist lediglich streitig, wie weit die Befugnis des Bundes zu Gebietsveränderungen außerhalb der Neugliederung mittels einfachen Bundesgesetzes geht. Katzer, BayVerwBl 55,257 f wollte einzig und allein Art. 79, III als Grenze für ein einfaches Bundesgesetz ansehen; vM-K, S.747; M-D Art.29 Rdnr.79; Glum, S.181; Held, DÖV 54,735; Markus, AöR 76,296; Schäfer, DÖV 55,112 ziehen die Grenze sehr viel früher. Sie fordern ein verfassungsänderndes Gesetz nicht nur bei Neuschaffung oder Auflösung von Bundesländern außerhalb der Neugliederung, sondern auch bei Gebietsveränderungen, die Auswirkungen auf die Zusammensetzung der Bundesorgane haben. Kölble, DÖV 64,217 f (222) Anm.49 verlangt für jede Gebietsveränderung der Länder außerhalb der Neugliederung ein verfassungsänderndes Gesetz. Aus der Formulierung des BVerfG 13,54 f (75) läßt sich allerdings dieser Schluß nicht zwingend ableiten.
- 3) Jaeger, Festschrift für Nawiasky S.359 ff.
- 4) v.M., S.193; W.Jellinek, DRZ 49,535.
- 5) Jaeger, Festschrift für Nawiasky S.372/373.

Richtig ist, daß im älteren Schrifttum ¹⁾ die Garantie der staatlichen Existenz als wesentlich für einen Bundesstaat angesehen wurde. Die Kompetenz-Kompetenz des Reiches fand ihre natürliche Grenze in der Bestandsfestigkeit der Rechtsordnungen der Gliedstaaten.

Unter diesem Gesichtspunkt sind deshalb Zweifel am Staatscharakter der Länder laut geworden, ²⁾ Unzulässig ist es aber mit Richard Jaeger von einem abstrakten Bundesstaatsbegriff her, die Probleme lösen zu wollen, ohne die besonderen verfassungsrechtlichen Regelungen zu beachten.

Schon weil die Literatur vor 1945 fast ausschließlich den vertraglichen Zusammenschluß im Auge hatte, können ihre Erkenntnisse nur bedingt auf die bundesstaatliche Struktur des Grundgesetzes übertragen werden. Nach richtiger Auffassung fand nämlich 1949 eine "Rückföderalisierung" ³⁾

1) C.Schmitt, S.368; Laband, Bd.I S.128 f; Zorn, S.136, m.w.N.

2) Kreutzer, Bund und Länder S.4; W.Weber, Spannungen S.77; fragend auch Nawiasky, Grundgedanken S.73 f.

3) Der Entstehungstatbestand ist ungefähr folgendermaßen zu interpretieren:
In der Zeit von 1945-48 trat eine Rückföderalisation des Reiches in einen Bundesstaat ein, da das Reich nicht untergegangen war, sondern lediglich handlungsunfähig war. Statt seiner übten die einzelnen Territorien, soweit es ihnen möglich war, in ihrem Bereich Hoheitsgewalt aus. Diese stellte sich aufgrund ihrer Effektivität und Originarität (sie war nicht von der Reichsgewalt abgeleitet) als Staatsgewalt dar. 1948 wurde auch die Zentralgewalt wieder handlungsfähig und gab sich eine Verfassung, indem sie den inzwischen eingetretenen Zustand der Rückföderalisation ausdrücklich anerkannte.

Der HcHe und auch der PR gingen beide davon aus, daß es sich bei der BRD um einen Bundesstaat mit einer Staatlichkeit sowohl des Bundes als auch der Länder handeln sollte. Der Entstehungstatbestand der "Rückföderalisierung" erkennen an: Kölblle, NJW 62,1081 f (1084 Anm.49); Apelt, Festgabe für Kaufmann, S.10 f; Herzog, DÖV 62,83; G.Hoffmann, AöR 81,324; Kreutzer, Bund und Länder S.10 f; Zinn, AöR 75,292; W.Schmidt, AöR 87,281. A.A. Nawiasky, Grundgedanken S.5; Nawiasky-Leußner, S.259.

eines Einheitsstaates in einen Bundesstaat statt. ¹⁾
Unter diesem Gesichtspunkt lassen sich viele unitari-
sche Elemente des Grundgesetzes erklären. ²⁾ Wenn man
noch die konkreten Umstände der Entstehung der Länder
berücksichtigt, ³⁾ wird deutlich, daß bei der Schaffung
der neuen bundesstaatlichen Ordnung die Garantie der
einzelnen Länder keine entscheidende Bedeutung hatte.
Rein rechtlich kann es ohnehin nicht zum Wesen eines
Staates gehören, daß seine Rechtsordnung auch vor der
möglichen Vernichtung geschützt ist; denn kein Staat
ist vor einer Debellation oder Revolution absolut
sicher.

Nicht eine einzelne Kompetenz ist für die Staatseigen-
schaft der Länder entscheidend, sondern ihnen müssen
überhaupt territorial- und personalbezogene Kompetenzen
zu eigen sein. ³⁾ Dies hat schon der Abgeordnete Greve ⁴⁾
klargestellt und seine Auffassung setzte sich im Parla-
mentarischen Rat durch. Staatscharakter und territori-
ale Verfügungsbefugnis sollten voneinander unabhängig
sein. Bei natürlicher Betrachtungsweise erscheint auch
die Befugnis zur Veränderung der Grenzen nur als eine

- 1) Die Rückföderalisation eines Einheitsstaates in
einen Bundesstaat hält W. Weber für unmöglich, S.17.
- 2) Lerche, VVDSt RL 21,91/92 m.w.N.
- 3) Welchen Umfang diese Kompetenzen haben müssen, wird
später untersucht, § 3,II 4 b) S.62 ff.
- 4) Die Abgeordneten Schwalbe, 4.Sitzung des HA vom
17.11.48 (Verhandlungen HA S.54) und Laforet, 4.Si-
tzung des HA, vom 17.11.48 (Verhandlungen HA S.
54/55) und 5.Sitzung des HA vom 18.11.48 (Verhand-
lungen HA S.57) wandten sich gegen den heutigen
Art. 29 und den auf Seite 42 Anm.4 mitgeteilten und
auf Dauer angelegten Art.26 mit der Begründung, es
würde von der Gebietshoheit der Länder nichts mehr
übrig bleiben und deshalb ihr Staatscharakter be-
seitigt werden. Der Abgeordnete Greve, 4.Sitzung HA
(Verhandlungen HA S.54) sagte mit Recht, daß die
Staats Eigenschaft der Länder nicht von der rein
technischen Frage der Neugliederung oder der Regu-
lierung gewisser Landesgrenzen abhängen könne. Der
HA hat sich durch Abstimmung der Auffassung von
Greve angeschlossen.
- 5) siehe § 3,II,2b) S.41 insbesondere Anm.2.

Frage der innerstaatlichen Kompetenzverteilung. ¹⁾ Sie kann im Bundesstaat sowohl der Zentrale als auch den Gliedstaaten alleine oder in einer bestimmten Verklammerung zustehen. Das ist eine Frage der Zweckmäßigkeit, deren Entscheidung allein der Verfassung obliegt.

Die Untersuchung hat gezeigt, daß die Länder nicht einmal bei der Änderung ihrer Landesgrenzen oder bei ihrer vollständigen Auflösung ein Zustimmungs- oder Mitwirkungsrecht haben. Wenn dem Bund in dieser Materie, entgegen den üblichen bundesstaatlichen Regelungen, die alleinige Kompetenz zur Änderung der Landesgrenzen entweder mittels einfachen Bundesgesetzes oder mittels verfassungsändernden Gesetzes zugesprochen wird, dann ist dies ein wesentlicher Gesichtspunkt, der bei auswärtigen Gebietsabtretungen gegen ein Zustimmungserfordernis der betroffenen Länder spricht. In solchen Fällen ist nämlich das gesamtstaatliche Interesse, dessen Wahrnehmung dem Bunde nach außen hin obliegt, viel offensichtlicher berührt als bei territorialen Veränderungen im Innern. Gegen ein Zustimmungserfordernis bei Gebietsabtretungen speziell an auswärtige Staaten spricht außerdem folgende schon im Parlamentarischen Rat geäußerte Überlegung: Bei den im Friedensvertrag zu erwartenden Gebietsabtretungen wollte man sich nicht von der Zustimmung der Länder abhängig

1) Schon Jellinek, System S.77 Anm. 1 und S.78 wehrte sich gegen die Auffassung, die Entscheidungsmöglichkeit über Gebietsgrenzen zum wesentlichen Kriterium der Staatseigenschaft zu machen. Er sah in der Befugnis zu einer Zession nur eine Kompetenzfrage. Für einen Staat sind also sowohl personal- als auch territorialbezogene Kompetenzen notwendig. Siehe hierzu auch den Parallellfall zur Personalhoheit. Auch die Regelung der Staatsangehörigkeit erschöpft nicht die Personalhoheit, sondern ist nur eine Frage der innerstaatlichen Kompetenzverteilung.

machen. ¹⁾ Anhaltspunkte, die eine Sonderbehandlung territorialer Abtretungen an auswärtige Staaten rechtfertigen könnten, sind also nicht ersichtlich. Es bleibt auch insoweit bei der Regelung des Art. 32, II.

Das betroffene Land braucht nur angehort zu werden. ²⁾

c) Für den Begriff des Landes im Grundgesetz hat die Untersuchung gezeigt: Den Bundesländern steht keine Zessionsbefugnis zu. Damit fehlt ein wesentliches Element der territorialen Verfügungsbefugnis (Territorial-souveränität). Unter streng völkerrechtlichen Gesichtspunkten könnte ihnen die Staatlichkeit nicht zuerkannt werden.

Allerdings sind auch die Bundesländer noch mit einem Bestandteil der territorialen Souveränität ausgestattet, da sie die Befugnis zur selbständigen Untergliederung ihres Gebietes haben. Sie können territorialbezogene Normen erlassen.

Sollte es sich erweisen lassen, daß die Länder ihre Herrschaftsgewalt nicht aus der Bundesrechtsordnung ableiten, so wäre das immer noch ein so gewichtiger Unterschied gegenüber den anderen innerstaatlichen Körperschaften, daß die Bezeichnung der Länder als Staaten gerechtfertigt erschiene, ohne daß sie dadurch aber automatisch zu Staaten im völkerrechtlichen Sinne würden.

Für den Gliedstaatsbegriff kann um so eher von einer umfassenden territorialen Souveränität unter Einschluß der Zessionsbefugnis abgegangen werden, da sie innerstaatlich ebenfalls als Kompetenzzuweisungsproblem erscheint (wie das Staatsangehörigkeitsrecht). Die für die Völkerrechtsordnung entscheidende Befugnis der BRD, über ihr Gebiet zu verfügen, bleibt davon unberührt.

1) vergleiche v.M., S.130 und ARA 12.Sitzung vom 15.10. 48 (Kurzprot. S.3).

2) Im Ergebnis übereinstimmend Dernedde, DV 49,315 f (317); Ule, NJW 63,1137.

3. Staatsgewalt (Festlandsockelfall)

Wir wenden uns nunmehr dem dritten Wesenselement des Staates zu, der originären Hoheitsgewalt. Sie ist die oberste, rechtlich unabgeleitete und unteilbare Macht in einem Staat. ¹⁾ Diese Unteilbarkeit besteht auch im Bundesstaat, dort sind nur die Materien zwischen Zentrale und Gliedstaaten aufgeteilt. In seinem staatlichen Bereich ist aber Bund wie Land ungeteilt zuständig. ²⁾

Ob die Länder des Grundgesetzes Staatsgewalt besitzen, oder ob sie nur Selbstverwaltungskörperschaften sind, soll wiederum an einem Fall erarbeitet werden.

Nach dem Genfer Abkommen über den Festlandsockel ³⁾ übt der Küstenstaat bezüglich der Ausbeutung der Bodenschätze die Hoheitsrechte am Festlandsockel aus. Die BRD hat durch Proklamation vom 24.7.64 ⁴⁾ diese Rechte für sich beansprucht. In einem Bundesgesetz ⁵⁾ wird bestimmt, daß der Abbau von Bodenschätzen nur mit Genehmigung des Oberbergamtes in Clausthal-Zellerfeld zulässig ist (§ 1 FSG), und daß die Anordnungen von Bundesbeamten überwacht und vollzogen werden (§§ 4,6 FSG).

Ist diese Regelung mit dem GG vereinbar?

a) Abgesehen von den Küstengewässern und der Anschlußzone unterliegt der Festlandsockel grundsätzlich der Freiheit der Meere. Für die von der BRD durch die Proklamation erworbenen Hoheitsrechte auf dem Schelf, die insoweit die Meeresfreiheit einschränken, gilt ebenfalls das Grundgesetz jedenfalls im deutschen Teil des

-
- 1) Bei der "Gewaltenteilung" handelt es sich nur um die organisatorische Aufgliederung innerhalb eines Zu rechnungsendsubjektes.
 - 2) G.Jellinek, S.773; Maunz, § 24,I,4 S.138.
 - 3) Genfer Konvention über den Festlandsockel vom 12.4.58, unterzeichnet durch die BRD am 30.10.58 (BGR I II, 58).
 - 4) Proklamation der Bundesregierung vom 20.7.64 (BGR I II S.104).
 - 5) Gesetz zur vorläufigen Regelung der Rechte am Festlandsockel vom 24.7.64 (BGR I I, 497) (=FSG).

des Sockels. Durch das Grundgesetz sind die staatlichen Hoheitsbefugnisse vollständig zwischen Bund und Ländern aufgeteilt.¹⁾ Von den dafür bestehenden verschiedenen Möglichkeiten folgt das Grundgesetz derjenigen, die die Kompetenzen der Zentrale enumerativ aufzählt, während den Ländern alle übrigen Hoheitsrechte zustehen.²⁾ Die grundlegende Norm ist Art. 30, die den Ländern die Ausübung aller staatlichen Befugnisse und Aufgaben überantwortet, soweit sie nicht dem Bunde ausdrücklich zugewiesen sind. Für die staatlichen Funktionen der Gesetzgebung und Verwaltung wird dieses Prinzip in Art. 70 und 83 wiederholt. Insoweit sind diese Vorschriften zu Art. 30 *leges speciales*.³⁾

Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für bergrechtliche Bestimmungen ergibt sich aus Art. 74 Ziff.11, wodurch die allgemeine Vermutung zugunsten der Länder (Art. 70) ausgeschlossen wird.

b) Problematisch ist dagegen die Verwaltungsbefugnis des Bundes.

aa) Die Aufteilung der Verwaltungszuständigkeiten wird speziell durch Art. 83 ff geregelt. Unter den dort aufgeführten Kompetenzen des Bundes läßt sich keine entdecken, die eine Verwaltungsbefugnis des Bundes für das Schelfgebiet bezüglich der Konzessionierung begründen könnte.⁴⁾

1) Das ist für jeden Bundesstaat typisch. Siehe Nawlasky, Bundesstaat S.22; Maunz, § 24,I,4 S.188; Zeidler, DVBl 60,576.

2) Herzog, Jus 67,193 f (195)

3) M-D, Art. 30 Rdnr. 2 m.w.N.

4) Dies muß auch Kölble zugeben, DÖV 64,217 f (225). Er zählt die für den Bund aufgrund dieser Vorschriften möglichen Kompetenzen dort ausdrücklich auf.

Darüberhinaus ist die Möglichkeit einer Kompetenz kraft Sachzusammenhanges oder Annexzuständigkeit heute allgemein anerkannt.¹⁾ Es handelt sich hierbei ebenfalls um eine "besondere" allerdings stillschweigende Zuweisung im Sinne der Art. 30 und 83 GG.

Über die in Art. 84 ff aufgeführten Verwaltungsbefugnisse läßt sich auch unter diesen Gesichtspunkten für die bergrechtlichen Verwaltungshandlungen keine Bundeszuständigkeit begründen.²⁾ Einzig mit Hilfe der umfassenden auswärtigen Gewalt (Art. 32, I; 73 Nr. 1 und 87, I, 2) ist es denkbar, eine Annexkompetenz des Bundes auch hinsichtlich der Verwaltungsbefugnisse auf dem Schelfgebiet anzunehmen. So darf z.B. der Bund aufgrund eines Kulturabkommens mit einem auswärtigen Staat Schulen im Ausland unterhalten. Durch die Ratifikation entsteht in diesem Falle kein "innerstaatliches Hoheitsvakuum". Weil jeder tatsächliche Zusammenhang mit einem Gliedstaat fehlt, wird die Erfüllung eines solchen Vertrages, soweit es sich um Tätigkeiten im Ausland handelt, als Annex zu den auswärtigen Angelegenheiten behandelt.³⁾

-
- 1) Ausführlich zur Kompetenz kraft Sachzusammenhanges auch heute noch Bullinger, S. 65 f. Zum Streitstand M-D Art. 30 Rdnr. 13-15; Herzog, Jus 67, 193 f (195) und BVerfG 3, 407 f (421 f) 12, 205 f (237); 11, 193 f (199); 15, 1 f (20).

Zur Annexkompetenz, die einen Spezialfall des Sachzusammenhanges darstellt: Kölbl, DÖV 63, 660 f; Achterberg, AöR 86, 63 f (88 f); derselbe DÖV 64, 612 f (616 f); derselbe DÖV 66, 695 f und BVerfG 3, 58 (158); 4, 178 f (189); 6, 309 f (346 f).

- 2) Ein besonders enger Zusammenhang mit den schon bestehenden Verwaltungskompetenzen des Bundes auf dem Schelf besteht nicht, jedenfalls ist er nicht enger als der sachliche Zusammenhang mit den Bergbaukompetenzen der Länder auf ihrem Territorium. Auch aus der Natur der Sache läßt sich die Bundeskompetenz nicht begründen, da eine Landes- oder Länderverwaltung möglich erscheint.
- 3) Seidl-Hohenveldern, Festschrift für Jahrreis, S. 395 f (409), der zutreffend darauf hinweist, daß mit dieser Annexkompetenz der Bund die innerstaatliche Gesetzgebungskompetenz nicht unterlaufen darf.

Dieser Gesichtspunkt läßt sich allerdings auf die Zuständigkeit der BRD am Festlandsockel nicht übertragen. Die nationalen Kompetenzen am Kontinentalschelf resultieren aus einem Satz des allgemeinen Völkergewohnheitsrechtes.¹⁾ Sie werden dem Küstenstaat ipso iure aufgrund der besonderen Verbundenheit mit seinem übrigen Staatsgebiet (insbesondere seinem Küstengebiet) zugewiesen,²⁾ aber sie sind eingeschränkt durch besondere völkerrechtliche Pflichten.³⁾ So betrachtet handelt es sich um eine territorialbezogene hoheitliche Zuständigkeit und keine gebietsmäßig nicht näher bestimmbare Berechtigung der BRD.⁴⁾

Andererseits muß aber dem Irrtum entgegengetreten werden, der Festlandsockel sei Staatsgebiet oder Quasi-Staatsgebiet. Gegen diese frühere britische Praxis und die südamerikanische Auffassung hat sich auf der Seerechtskonferenz die oben dargestellte Meinung durchgesetzt. Menzel⁵⁾ hat dafür den Begriff der Verfügungszone geprägt.

.) Ganz der territorialen Betrachtungsweise verhaftet sind die Gedankengänge von Kölble. Aus Art. 29 und der Eingliederung der Saar schließt er, daß es bei einem Gebietserwerb durch die BRD jeweils einer ausdrücklichen Zuweisung an ein Land bedürfe.⁶⁾ Eine derartige aus-

1) Seidl-Hohenveldern, Festschrift für Jahrreis, S.401 f m.w.N.; ebenso Kölble, DÖV 64, 218

2) In der Literatur wird diese automatische Zugehörigkeit des Festlandsockels zum Staatsgebiet der Küstenländer anerkannt (z.B. Cordova, Yearbook JLC 1950, 1 S.228) und auf das Kontiguitätsprinzip zurückgeführt (so Seidl-Hohenveldern, Festschrift für Jahrreis S. 405 und Anm.54 m.w.N; Menzel AöR 90,7 und 57 f.

3) Seidl-Hohenveldern, Festschrift für Jahrreis S.405; derselbe, Annuaire Française (1964) S.716 f (723); Menzel, AöR 90,36.

4) Seidl-Hohenveldern, Festschrift für Jahrreis S.405/406.

5) Menzel, AöR 90,30 f (37 und 57). Gegen die Ablehnung der territorialen Verstellungen Kölble, DÖV 64,220.

6) Kölble, DÖV 64,220.

drückliche Zuweisung könne nur dann durch eine "stillschweigendes Bundesgesetz" (?) erfolgen, wenn es offensichtlich nur eine Möglichkeit der Zuordnung gäbe. 1) Weil es aber so viele Wege zur Verteilung des Schelf"gebietes" 2)3) gebe, sei eine automatische Föderalisierung der Kompetenzen am Festlandssockel nicht möglich.

Abgesehen von der verfehlten rein territorialen Betrachtungsweise kann Kölbles Auffassung auch aus folgenden Gründen nicht zugestimmt werden.

Art. 29 bezieht sich nur auf die Binnengrenzen, während die Außengrenzen sowohl des Bundes als auch der Länder dem Art. 32, I unterfallen. Damit wird der schon unter der WRV vertretenen Lehre Rechnung getragen, daß die Außengrenzen der Gliedstaaten sich nach Völkerrecht bestimmen. 4)

Das von Köblle behauptete Ausnahme-Regel-Verhältnis beim Neuerwerb von Gebieten durch den Bund ist gerade umgekehrt: Grundsätzlich wird durch den Erwerbsakt das gesamte GG auf das neue Gebiet erstreckt, d.h. der Bund darf nur die Kompetenzen an sich ziehen, die ihm zustehen, alle anderen werden von der Landesrechtsordnung ausgeübt. 5) Nur bei Unklarheiten des

1) Köblle, DÖV 64,221.

2) Köblle, DÖV 64,220 und Anm.32-36 erwähnt ausdrücklich die Fälle der Zuordnung zu einem Land, die Aufteilung unter mehrere oder alle Bundesländer und die Schaffung eines bundesunmittelbaren Territoriums. Für die verschiedenen Möglichkeiten der Grenzziehung siehe Menzel, AÖR 90,20 f.

3) Die Zulässigkeit eines bundesunmittelbaren Territoriums ist umstritten. Nach einer Verfassungsänderung sind dafür: Harbich, S.144; wohl auch Köblle, DÖV 64,222 f, denn es würde keine "restlose" Aufteilung gefordert. Ebenso schon Anschütz, Komm.S.43 f für die WRV. Dagegen sind vM S.158; vM-K S.653; M-D Art.79 Rdnr. 10, Anm.1 auf S.6; Maunz, § 5, I, 1 S.22; ohne daß klar erkennbar wäre, ob sie in jedem Falle oder nur bei dem gegenwärtigen Verfassungszustand ein bundesunmittelbares Gebiet ablehnen.

Auch in diesem Fall sollte die Wertentscheidung des Verfassungsgebers nicht überlastet werden, so daß ein bundesunmittelbares Gebiet nach entsprechender Verfassungsänderung zulässig ist.

4) Jahrreis, System S.4.

Grenzverlaufes zwischen zwei Ländern, bei dem Willen aus dem Gebiet ein neues Bundesland oder ein bundesunmittelbares Territorium zu machen, wird der Bundesgesetzgeber eingreifen, um diese seine Vorstellungen mit Hilfe der Kompetenz-Kompetenz durchzusetzen.

- cc) Das entscheidende Argument liegt auch wohl für Kölble in einem spezifischen Verständnis vom Bundesstaat. ¹⁾ Aufgaben mit regional nicht reduzierbarem Wirkungskreis gehörten kraft stillschweigender Zuweisung zum Kompetenzbereich des Bundes. Im vorliegenden Fall müßte die BRD mit dem Bund identisch sein, während die Länder davon unterschieden werden müßten. Diese extrem zweigliedrige Auffassung kann aus den Formulierungen des BVerfG nicht gefolgert werden. Die grundlegende Entscheidung ²⁾ stellt vielmehr ausdrücklich fest, daß nur der Bund und die Länder zusammen den Bundesstaat bilden, als zwei Teilorganisationen auf einem Gebiet. Der Bundesstaat als Gesamtstaat ist dabei kein von Bund und Ländern zu unterscheidendes Rechtssubjekt, ³⁾ sondern fungiert nur als Denkhilfe, um die völkerrechtlichen und staatsrechtlichen Verhältnisse besser darstellen zu können. ⁴⁾

1) Kölble, DÖV 67, 1 f (2); derselbe, NJW 62, 1083; ähnlich Haegert, NJW 61, 1183; Gutachten für eine Finanzreform TZ 83.

2) BVerfG 13, 77: "Zwischen einem Gesamtstaat und einem Zentralstaat kann nicht als zwei verschiedenen Rechtsträgern und Subjekten gegenseitiger verfassungsrechtlicher Rechte und Pflichten unterschieden werden. Es gibt nicht neben dem Bundesstaat als Gesamtstaat noch einen besonderen Zentralstaat, sondern nur eine zentrale Organisation im Geltungsbereich des Grundgesetzes als Bundesstaat die alle die staatlichen Aufgaben erfüllt, die im Einheitsstaat einer einheitlichen staatlichen Organisation zufallen."

3) So die dreigliedrige Bundesstaats-theorie: Kelsen, Allgemeine Staatslehre S.199 f; Naviasky, Allgemeine Staatslehre 2.Teil II S.203 f, 3.Teil S.151 f; derselbe, Grundgedanken S.35 ff. Anklänge an diese Theorie in BVerfG 6, 309 (340, 364) und 12, 255 f.

4) BVerfG 13, 54 (77), Maunz, § 24 I, 4 S.189; W.Schmidt, AöR 87, 294.

Diesem gemäßigten zweigliedrigen Bundesstaatsbegriff folgt die h.L. ¹⁾

Es bleibt also bei der allgemeinen Zuständigkeit der Länder, weil für den Bund weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Kompetenz ersichtlich ist.

dd) Auch die tatsächlichen Schwierigkeiten, die Kölble bei einer automatischen Aufgliederung des Schelfgebietes unter die Bundesländer sieht und die eine Bundeszuständigkeit aus der Natur der Sache rechtfertigen könnten, treten im konkreten Fall nicht auf. ²⁾ Die Küstenländer, die allein nach dem Kontiguitätsprinzip Berechtigte der bergrechtlichen Kompetenzen sein könnten, haben diese Befugnisse auf das Oberbergamt Clausthal-Zellerfeld übertragen. ³⁾ Im Gegensatz zu den umstrittenen rechtlich verselbständigten Gemeinschaftseinrichtungen ⁴⁾ handelt es sich hier um eine niedersächsische Landesbehörde, die von den anderen Küstenländern im Wege der Organleihe mit entsprechenden Kompetenzen ausgestattet worden ist. Die Grundlage dafür bilden zweiseitige Verträge der anderen Küstenländer mit Niedersachsen. ⁶⁾

Das Recht der Länder zum Abschluß solcher Staatsverträge und Verwaltungsabkommen ⁵⁾ ist zwar im Grundgesetz nirgends ausdrücklich erwähnt, es wird aber als

1) siehe etwa Herzog, Jus 67,193 (197); Maunz, § 24,I,4 S.189 ff; W.Schmidt, AöR 87,295.

2) Auch vor der endgültigen Festlegung der seitlichen Begrenzungen können die Länder Hoheitsrechte bezüglich des Schelfes ausüben, denn auch die BRD sieht sich nicht daran gehindert, obwohl sie sich ebenfalls mit ihren Nachbarn noch nicht endgültig über die gegenseitigen Einflußbereiche geeinigt hat. Dadurch ist aber kein "Gemeinschaftsgebiet" entstanden. A.A. Kölble, DÖV 64,221.

3) Menzel, AöR 90,44

4) Auch heute noch werden Gemeinschaftseinrichtungen von allen Ländern zusammen abgelehnt von Haegert, NJW 61,1140; Kölble, NJW 62, 1083; derselbe DÖV 64, 594; Kratzer, DVBl 63,312; Scheuner, DÖV 65,545; derselbe DÖV 66,518.

5) Zur Abgrenzung der Begriffe M-D Art.59 Rdnr.39 und Art. 83 Rdnr.50; Kölble, DÖV 60,650 f; H.Schneider, VVDStRL 19,8 f.

6) Siehe etwa: Abkommen mit Bremen vom 16.12.55 und 14.8.56 oder mit Hamburg vom 23.3.57 und 12.6.57.

selbstverständlich vorausgesetzt. ¹⁾ Als Anhaltspunkte können die Art. 118,1, 130,I,1 und auch Art. 32,III gelten. Wenn die Länder schon das Recht haben, mit ausländischen Staaten Verträge abzuschließen, allerdings nur mit Zustimmung der Bundesregierung, dann wird man ihnen eine solche Befugnis im innerstaatlichen Bereich nicht vorenthalten können. ²⁾ Maunz ³⁾ macht noch auf einen weiteren Gesichtspunkt aufmerksam: Da die Bundesländer untereinander gleichgeordnet seien ⁴⁾ und keines dem anderen etwas befehlen könne, sei der Vertrag das einzige Mittel, sich gegenseitig zu beeinflussen und zu binden. Eine "verfassungsrechtliche Pflicht zur Uneinigkeit" könne dem Grundgesetz nicht entnommen werden.

Die Zulässigkeit von Staatsverträgen ist daher allgemein anerkannt. ⁵⁾

Dies Recht gilt allerdings nicht schrankenlos, sondern es ergeben sich aus dem Grundgesetz und der Stellung der Länder als Gliedstaaten eines Bundesstaates bestimmte Grenzen. ⁶⁾ Dazu gehört das Verbot, Bundeszuständigkeiten durch Länderverträge zu regeln. ⁷⁾ Auch dürfen die Länder nicht auf wesentliche Teile ihrer Staatsgewalt verzichten, ⁸⁾ das ergibt sich u.a. aus dem Verbot der Selbstauflösung. Schließlich verlangt das Gebot der Bundestreue ⁹⁾ die Vertragskompetenz nicht zu Sonderbündnissen zu mißbrauchen. ¹⁰⁾

1) Dies geht aus der Entstehungsgeschichte eindeutig hervor. Art. 40 HChE lautete: "Die Länder können über Gegenstände in ihren Aufgabenbereich fallen, Vereinbarungen mit anderen deutschen Ländern treffen." Da der Inhalt als föderalistische Selbstverständlichkeit angesehen wurde, fiel er den Bemühungen um Kürzung und Straffung des Grundgesetzes zum Opfer. So vM S.130/131; Jäger, Festschrift für Naviasky S.372.

2) M-D Art. 32 Rdnr. 64; Merk, VVDStRL 19,135; Gross, NJW 66, 1487 f;

3) Maunz, NJW 62,1641

4) BVerfG 1,299 f (315); 12,205 (255)

5) M-D Art. 32, Rdnr.64; Maunz, NJW 62, 1641; Gross, NJW 66, 1488; Schneider, DÖV 57,644.

6) dazu Maunz, § 24,II, 1o S.225 f.

7) Maunz, NJW 62, 1642 und M-D Art.5o Rdnr. 11

8) Herzog, Jus 67,200; H.Schneider VVDStRL 19,1 f (29)

9) dazu Bayer, S.64 und unten § 4,III.

10) Maunz, NJW 62, 1462; Tekülve. S.269 f.

Von der h.M. ¹⁾ wird sogar die Übertragung hoheitlicher Befugnisse aller Länder auf eine zentrale Stelle für zulässig gehalten.

c) Die Grenzen des Vertragsrechtes werden durch die Verträge zwischen den Küstenstaaten nicht verletzt, so daß auch in dieser Hinsicht an der Zuständigkeit der Länder keine Zweifel bestehen. Gegen das oben angeführte Bundesgesetz müssen daher Bedenken erhoben werden.²⁾

4. Staatsgarantie durch Art. 79, III A, a)

Es sollen nunmehr die Ergebnisse der vorangegangenen Untersuchungen zusammengefaßt und vertieft werden. Die Untersuchung der drei Staatselemente bei den Bundesländern hat gezeigt, daß sie keine von der Bundesangehörigkeit unabhängige Staatsbürgerschaft besitzen. Dies war aber für ihre Staatseigenschaft unerheblich. Die Staatseigenschaft im Sinne des Völkerrechts mußte ihnen aber aufgrund der fehlenden uneingeschränkten territorialen Verfügungsbefugnis abgesprochen werden.³⁾

a) Ehe die Länder mit den nichtstaatlichen Untergliederungen eines Staates im Sinne des Völkerrechts gleichgesetzt werden, soll geprüft werden, ob sie sich von Provinzen und Gemeinden eines dezentralisierten Einheitsstaates so weit unterscheiden, daß für sie die Bezeichnung Gliedstaaten oder Staaten im Sinne des Staatsrechts gerechtfertigt ist.

Die h.M. sieht in der Originarität der Herrschaftsgewalt der Länder das wesentliche Unterscheidungsmerkmal gegenüber den innerstaatlichen Untergliederungen. Darin soll auch die Rechtfertigung für die terminologische Unterscheidung liegen.

1) Maunz, NJW 62, 1644; VGH München, DVBl 64, 642; Gross, NJW 66, 1488 f; BVerwG, NJW 66, 1282 jeweils mit weiteren ausführlichen Hinweisen auf die Gegenmeinung. Siehe auch S. 55 Anm. 4.

2) So insbesondere Seidl-Hohenveldern, Festschrift für Jahrreis S. 406. Kritisch auch Menzel, AöR 90, 59.

3) Siehe oben, S. 38/39.

Der Wille, die Geltung der Landesstaatsgewalt ohne Bezugnahme auf die Bundesverfassung zu beanspruchen, ist sowohl in den Länderverfassungen ¹⁾ als auch im Parlamentarischen Rat ²⁾ geäußert worden. Die Staatseigenschaft der Länder war während der Verhandlungen im PR völlig unbestritten, nur über die Organisationsform war man sich anfänglich uneins. ³⁾

- 1) Dabei ist es gleichgültig, ob die Eigenstaatlichkeit mehr betont wurde (so z.B. die BayVerf vom 2.12.46) oder mehr der Gliedstaatscharakter (so z.B. die Hess Verf. vom 1.12.46).
- 2) Gerade die Diskussion über die Einführung einer absoluten Bestandsgarantie für die Länder und ihre Formulierung ergibt eindeutig, daß die Abgeordneten die Länder als Staaten konzipiert haben und ihre Staatlichkeit durch Art. 79, II garantieren wollten. Schon auf der 13. Sitzung des Org. Aussch. vom 13. 10.48 finden wir ein ausdrückliches Bekenntnis zum Bundesstaat in der Form der h.L. von den Abg. Greve (Stenoprot. S. 100) und Lehr (Stenoprot. S. 102). Auf der 14. Sitzung des Org. Aussch. vom 14. 10.48 meinte der Abg. Schwalber (Stenoprot. S. 27): "Es kommt mir darauf an, daß ein Land nicht gegen seinen Willen durch einen Mehrheitsbeschluß in seiner Staatlichkeit beeinflußt werden kann." Ebenso Abg. Fecht auf der gleichen Sitzung (Stenoprot. S. 14 f). Auf der 18. Sitzung des Org. Aussch. vom 27. 10.48 sagte der Abg. Heile, er wolle einen echten Bundesstaat, nicht nur dem Namen nach. (Stenoprot. S. 70). Und der Abg. Schwalber wollte durch einen eigenen Formulierungsvorschlag die Staatlichkeit der Länder gegenüber dem Bund schützen. (Stenoprot. S. 73). Der Abg. Katz begründet schließlich seine Formulierung, die dem Art. 79, III zugrunde liegt, auf der 19. Sitzung des Org. Aussch. vom 3. 11.48: "Es soll sichergestellt werden, daß ein Angriff auf den Staat als solchen, also eine etwaige Degradierung der Länder zu Provinzen oder Präfekturen nicht im Wege der gewöhnlichen Verfassungsänderung durchgeführt werden könne." (Stenoprot. S. 17). Auf der 12. Sitzung des HA vom 1. 12.48 wies der Abg. Laforet nochmals auf den Schutz der Eigenstaatlichkeit der Länder durch Art. 79, III hin (Verhandlungen HA S. 146).
- 3) Die Kontroverse, ob die BRD ein Staatenbund oder ein Bundesstaat sein sollte, wurde in der 13. Sitzung des Org. Aussch. vom 13. 10.48 durch das Bekenntnis auch der bayerischen Abg. zu einem Bundesstaat beendet; siehe die Erklärung des Abg. Schwalber (Stenoprot. S. 101 f.)

Dennoch wird den Bundesländern vereinzelt die Eigenstaatlichkeit abgesprochen.

Die Bedenken richten sich einmal gegen Art und Umfang des den Ländern zustehenden Aufgabenbereichs.¹⁾ Dabei wird vor allen Dingen auf die fehlenden Wehr-, Wirtschafts- und außenpolitischen Zuständigkeiten verwiesen. Es fehlt deshalb nicht nur eine konkrete Bestandsgarantie der einzelnen Landesrechtsordnungen, sondern auch ein eigener politischer Aktionsradius.

Dieser Mangel an einzelnen, wenn auch sehr gewichtigen staatlichen Aufgaben muß für die Staatseigenschaft eines Herrschaftsverbandes unerheblich sein, nachdem die Versuche²⁾ fehlgeschlagen sind, den Staat von materiellen Kompetenzen her zu bestimmen. Es ist nicht möglich, eindeutig und abschließend die Aufgaben nach staatlichen und gemeindlichen Zwecken zu unterscheiden. Die Aufgabenverteilung ist ausschließlich eine Frage des positiven Rechts.

Schwerwiegender sind die Bedenken, die gegen die Originalität der Landesstaatsgewalt geltend gemacht worden sind.

Gegen die Unabgeleitetheit der Landesrechtsordnungen könnten sich Bedenken aus dem Entstehungstatbestand der Rückföderalisierung und der Kompetenzhoheit des Bundes ergeben.³⁾

Da der Zuständigkeitsbereich der Länder durch die Bundesverfassung bestimmt sei, fehle es den Ländern auch an einer unbeschränkten Herrschaftsgewalt.⁴⁾ Dabei könne allgemein auf die übergreifenden Verfassungs-

1) Kreuzer, Bund und Länder S.4; W.Weber, S.65 f (77); zweifelnd auch Koellreutter, S.140; Loewenstein, AöR 77,415/116.

2) Dies ist insbesondere von Rosin, Hirths Annalen, 1883, S.265 ff (291) und von Brie, S.4 ff (112) versucht worden. Die Ablehnung durch die absolut h.M. findet sich insbesondere bei Laband, Bd.I S.66 ff; Nawiasky, Bundesstaat, S.216 ff; Usteri, S.136 ff; Harbich, S.14 m.w.N.

3) Die Unabgeleitetheit als Essentiale der Staatlichkeit wird u.a. betont von Krüger, DöV 59,723; Nawiasky, Bundesstaat S.21; Laband Bd.I, S.65 f. Schon Zorn, S.63 f hatte wegen der Kompetenz-Kompetenz des Reiches die Unabgeleitetheit der Landesrechtsordnung

normen (z.B. Art. 1, III; 84; 85; 109) und speziell auf Art. 31 hingewiesen werden, der unmittelbar entgegenstehendes Landesrecht außer Kraft setzt e.

Schließlich kann die Eigenständigkeit der Landesgewalt durch Art. 28 beeinträchtigt werden. Durch ihn wird dem Verfassungsgeber in den Ländern auf gewisse grundlegende Wertentscheidungen des Bundesverfassungsgebers festgelegt und dadurch die Verfassungsautonomie eingeschränkt.

Alle diese Einwände sprechen aber nicht zwingend gegen die Originarität der Landesrechtsordnung und die Staatlichkeit der Länder.

Auch in den Europäischen Gemeinschaften besteht eine doppelte "Staatsgewalt", ¹⁾ so daß die konstruktiven Lösungen auch auf den Bundesstaat übertragen werden können. Dabei handelt es sich nicht nur um einen faktischen Verzicht der Ausübung, sondern um einen rechtsverbindlichen Akt durch den Landesverfassungsgeber.

Dieser Akt läßt sich unter Wahrung der gegenseitigen Unabgeleitetheit und Unabhängigkeit der Rechtsordnungen

nur als Ausübungsverzicht auf der einen und originäre Aufnahme der Kompetenzen auf der anderen Seite deuten.²⁾

Auf diese Weise läßt sich auch zwanglos die unbestrittene Fähigkeit der Rechtsordnungen erklären, nach Wegfall der korrespondierenden Ordnungen automatisch die "übertragenen" Kompetenzen wieder ausüben zu dürfen.³⁾

Damit entfällt aber die Abgeleitetheit der Landesrechtsordnung aus der Bundesrechtsordnung. Alle Einschränkungen der Landesstaatsgewalt durch das GG gelten nur aufgrund der ausdrücklichen oder stillschweigenden Übernahme in die Landesverfassungen durch die Landesverfassungsgeber. ^{4) 5)}

1) Herzog, DÖV 62, 84; G. Hoffmann, DÖV 67, 438 f.; so schon Nawiasky, Bundesstaat S. 23, 41 f, 105 f, 144 f.

2) Herzog, DÖV 62, 84; G. Hoffmann, DÖV 67, 437 m.w.N.

3) Herzog, DÖV 62, 84

4) Herzog, DÖV 62, 85; Nawiasky, Bundesstaat S. 23, 144 f.

5) Das Ergebnis wird auch dadurch gestützt, daß einige Landesverfassungen dem Art. 79, III entsprechende Bestandsgarantien aufgenommen hatten, nach dem Erlass des GG aber darauf generell verzichtet wurde. Vergl. etwa Art. 92, III bad. Verf. v. 22.5.47; Art. 75 I, 2 bay. Verf. v. 2.12.46.

Wenn man rechtstheoretisch eine doppelte "Staatsgewalt" auf einem Gebiet für möglich hält, lassen sich die einzelnen Bedenken wie folgt entkräften. Die Kompetenzverteilungsnormen im GG haben für die Zuständigkeit der Länder keine konstitutive Bedeutung, die entsprechenden Generalklauseln stellen nur negativ die begrenzte Zuständigkeit des Bundes klar. Die Generalklauseln der Art. 30, 70, 83 vermögen ohnehin nach einem modernen Kompetenzverständnis nicht unmittelbar eine Landeszuständigkeit im Einzelfall zu begründen, da hierzu immer eine Einweisung in einen konkreten Verantwortungsbereich erforderlich ist.¹⁾ Sie stellen also primär eine rechtstechnische Zusammenfassung der den Ländern vorbehaltenen Einzelmaterien dar. Als Basis für die gesamte Landesstaatsgewalt erscheinen diese Artikel ungeeignet.

Auch der in seiner Bedeutung umstrittene Art. 31²⁾ vermag über die Staatlichkeit der Länder nichts auszusagen. Selbst wenn man seine konstitutive Bedeutung für eine Vernichtung von Landesrecht durch Bundesrecht unterstellt, ergibt sich daraus noch nicht die mangelnde Originalität der Landesrechtsordnung. Art. 31 sagt lediglich, daß die Landesnormen am Bundesrecht überprüft werden, und stellt damit die Souveränität des Bundes und den Souveränitätsmangel der Länder fest. Souveränität ist aber für eine staatliche Rechtsordnung nicht erforderlich.

Auch die Homogenitätsklausel des Art. 28 kann sowohl eine Beschränkung der Landesstaatlichen Verfassungsautonomie, als auch deren Garantie gegenüber weitergehenden Einflüssen des Bundes sein.⁴⁾ Es handelt sich dann nur um die Klarstellung eines für den Bundesstaat lebensnotwendigen Tatbestandes.

1) Siehe dazu etwa Ehmke, Wirtschaft S.109 f (111); Lerche, VVDStRL 21,77.

2) Zum Streitstand Barbey, DÖV 60,566 f und M-D Art.31 Rdnr.20f. Kelsen, S.221 f hält Normen nach Art des Art.31 für rein deklaratorisch.

3) G.Jellinek, S.769f; Laband, Bd.I S.72. Beachte auch die BRD bis 1955, deren Staatseigenschaft trotz mangelnder Souveränität unbestritten war.

4) M-D Art.28 Rdnr.1; Harbich, S.136 f (138) mißt Art. 28,I nur eine deklaratorische Bedeutung zu, kommt aber zu einer inhaltsgleichen Bindung über Art.20,79.

Mit dem Nachweis der Originarität der Landesrechtsordnungen ist ihr qualitativer Unterschied gegenüber den Gemeinden schon hinreichend bewiesen. Es soll aber doch noch auf zwei zusätzliche Argumente aufmerksam gemacht werden.

Schon unter der NRV, die entsprechende Regelungen enthielt (z.B. Art. 6f; 76; 13, I; 17 NRV), wurde den Ländern von der h.M.¹⁾ Staatseigenschaft zugestanden.

Schließlich läßt sich auch aus den Generalklauseln der Art. 30, 70, 83 eine rein formale Staatsgarantie für die Bundesländer ableiten. Bei neu entstehenden staatlichen Aufgaben oder einem Funktionswandel von bisher föderativen Kompetenzen sind immer die Länder primär zuständig (§ 3, II, 3), und es bedarf erst eines Aktes des Verfassungsgesetzgebers, um den Bund zuständig zu machen. Dadurch haben die Länder nicht nur rechtlich, sondern auch politisch eine Stellung, die sie weit über die Gemeinden und Provinzen hinaushebt.

Zutreffend hat deshalb auch das BVerfG den Staatscharakter der Länder in ständiger Rechtsprechung anerkannt.³⁾

b) Als Inhalt der originären Hoheitsgewalt hatten wir mit der h.M. das Recht angesehen, dem Staat eine eigene Verfassung zu geben und eigene Staatsorgane einzusetzen (Verfassungsautonomie).⁴⁾ Eine unbeschränkte und ausschließliche Herrschaftsgewalt muß ferner alle formellen Staatsfunktionen ausüben dürfen, das sind Rechtsetzung, Verwaltung und Rechtsprechung.⁵⁾

Wenn heute der Legislative eine besondere Bedeutung zugemessen wird,⁶⁾ dann ist dies unter dem Gesichts-

1) Siehe nur Anschütz, Komm S. 38 f; S. 71 m.w.N.

2) Lerche, VVDStRL 21, 77 f und Anm. 39 daselbst.

3) BVerfG 1, 34 und 4, 189.

4) BVerfG 1, 14f (34); 4, 178 f (189); Wernicke, BK Art. 20, II, 1b; G. Jellinek, S. 439f; Kunz, S. 649; Laux, S. 165, 106; Luckas, VVDStRL 6, 27, Kelsen, S. 231.

5) Curtius, S. 79; G. Jellinek, S. 493, 607 f (610); Koellreutter, S. 138; Kunz, S. 649.

6) Harbich, S. 127; Herrfahrdt, BK Art. 79 Erl. II, 3 S. 4; BVerfG 6, 346; Hesse, Bundesstaat, S. 18; Kowno, DÖV 66, 368 f (371); Laux, S. 104.

punkt des Rechtsstaates und der Prinzipien von Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und des Vorbehaltes des Gesetzes verständlich. Die anderen materiellen Funktionen sind dadurch aber für die Qualifikation einer Staatsgewalt nicht entbehrlich geworden.¹⁾ Trotz aller Bindung an die Gesetze üben Verwaltung und Rechtsprechung bei der Konkretisierung der Gesetzesbefehle ja eine schöpferische Tätigkeit aus.²⁾ Es ist daher zur wirksamen Durchsetzung von staatlichen Zielvorstellungen nicht nur die Gesetzgebung und Rechtsprechung, sondern zumindest auch noch die Rechts- und Fachaufsicht über den mit dem Vollzug beauftragten Rechtsträger erforderlich.³⁾ Auch die Vertragskompetenz muß vorhanden sein, da einer originären Hoheitsgewalt selbst die Wahl der Mittel überlassen bleiben muß, durch die sie ihre Aufgaben erledigen will. Im Unterschied zu den folgenden Kompetenzen könnte man diese Machtbefugnisse als formelle Staatskompetenzen oder staatliche Befugnisse bezeichnen.

-
- 1) Aus diesem Grund können die heutigen Bundesländer nicht mit den "Staatsfragmenten" von G.Jellinek verglichen werden. G.Jellinek (S.657/658) verstand unter Ländern eine Zwischenstufe zwischen Provinzen und echten Staaten, denen aber eines oder zwei der drei notwendigen Staatselemente fehlte. Mißverständlich Herrmann (S.120), die nur durch Art. 79, III A, b) eine landeseigene Gesetzgebung geschützt sieht, also nicht schon durch den Begriff des Landes, andererseits aber (S.116) alle drei Staatsfunktionen in Art. 79, III Aa garantiert sieht. Bedenklich auch Kölbl, DÖV 67, 1 f (7) der eine Konzentration der Gesetzgebung in Form der konkurrierenden Zuständigkeit mit dem Staatscharakter der Länder vereinbar hält.
- 2) siehe schon oben § 2, I, 2 c) S.22.
- 3) So ausdrücklich Kowno, DÖV 66, 371; Zeidler, DVBl. 60, 576/577. Deshalb hat auch der Bund nicht nur Rechtsetzung- und Rechtsprechungszuständigkeiten, obwohl hierin seine hauptsächliche Macht besteht, sondern auch eigene Verwaltungszuständigkeiten (Art.87, I). Der soziologisch-politische Grundtatbestand dafür ist wohl, auch dem Staatsbürger seine Rolle als Doppeladressat bemerkbar zu machen. (Maunz, § 24, I, 4 S.189).

Diese Befugnisse sind sämtlich bedeutungslos, wenn nicht noch konkrete Aufgaben hinzukommen, die es ermöglichen, die formellen Befugnisse zweckentsprechend zu gebrauchen. Sonst bliebe die Staatsgarantie eine leere Formel. Daher ist zumindest ein Aufgabenbereich (=materieller Kompetenzbereich)¹⁾ für den juristischen Staatsbegriff notwendig.

Ein Staat im Sinne des Staatsrechts liegt daher nur vor, wenn er originär hinsichtlich eines Aufgabenbereichs zuständig ist, der so umfangreich ist, daß der Herrschaftsverband alle staatlichen Befugnisse zweckentsprechend zu ihrer Regelung einsetzen kann.²⁾

Die Bundesländer sind heute insbesondere für den Kultur- und Kultusbereich aber auch für das Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zuständig.³⁾ Dieser Aufgabenbereich ist noch so umfangreich, daß die Länder, wie die zahlreichen Gesetze und Staatsverträge beweisen, von ihren formellen staatlichen Befugnissen weitgehend Gebrauch machen können. Sie sind daher als Gliedstaaten oder Staaten im staatsrechtlichen Sinn anzusehen.

-
- 1) Die Unterscheidung von formellen und materiellen Staatskompetenzen läßt sich insbesondere aus der Formulierung des Art.30 rechtfertigen. Dort wird zwischen staatlichen Befugnissen (formelle Staatskompetenzen) und staatlichen Aufgaben (materielle Staatskompetenzen) unterschieden. Die andersartige Erklärung von Maunz (M-D Art.30 Rdnr.7) überzeugt nicht.
 - 2) Der materielle Kompetenzbereich ließe sich mit dem von G.Hoffmann (S.11) aus dem Begriff des "imperiums" entwickelten Sach- und Lebensbereich vergleichen. Es ist aber für den Gliedstaatsbegriff eine Kombination von materiellen und formellen Kompetenzen vorzuziehen, da der Umfang der Lebensbereiche ohne eine Verknüpfung mit den formellen Elementen der staatlichen Befugnisse zu leicht zu einer reinen Wertentscheidung wird.
 - 3) BVerfG 6,346 f (361); Harbich, S.129; Kowno, DÖV 66, 371; M-D Art.30 Rdnr.5.

III Garantien eines föderativen Organs durch Art. 79, III A, b

Nachdem die Analyse des Grundgesetzes ergeben hat, daß unter den Ländern Staaten zu verstehen sind, ist die rechtliche Qualifikation des Verhältnisses von Bund zu Ländern beinahe zwangsläufig.

Aufgrund der zahlreichen Beschränkungen der Landesstaatsgewalt, wie wir sie bereits oben erwähnt haben (Mangel an Souveränität, Homogenitätsklausel) und dem konventionell ausgestalteten Bundeszwang (Art. 37) und einem fehlenden Austrittsrecht der Länder aus dem Bund,^{o)} kann es sich nur um eine staatsrechtliche Staatenverbindung im Sinne eines Bundesstaates handeln.

Der Wille, durch Art. 79, III A einen Bundesstaat zu schützen, kam ja auch schon in den Sitzungen des Organisationsausschusses¹⁾ zum Ausdruck. Eindeutig wird das Ergebnis dadurch, daß ein noch während der Weimarer Zeit umstrittenes Wesenselement des Bundesstaates ausdrücklich in die "Föderativklausel" aufgenommen wurde: die Mitwirkung der Gliedstaaten bei der Willensbildung der Zentrale.²⁾

Inhalt und Schutzbereich dieses zweiten Bestandteils der föderalistischen Bestandsgarantie, der "die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung" (Art. 79, III A, b) schützt, sollen im folgenden Abschnitt untersucht werden.

1. Inhalt des Begriffes Gesetzgebung.

Wir wenden uns zuerst der Interpretation des Begriffes Gesetzgebung zu.

a) Hamann³⁾ steht wohl allein mit der Auffassung, daß eine landeseigene Gesetzgebung nur durch Art. 79, III A, b garantiert sei.

1) siehe dazu oben § 3, II, 4 Anm. 3 auf S. 58

2) Darin wurde ein konstitutives Element für den Bundesstaat gesehen von G. Jellinek, S. 769, 774; Laband Bd. I, 66; Smend, S. 269/270; Thoma, HdbDStR, I S. 182; Zorn, S. 73; ebenso Berber, S. 143; Hesse, Grundzüge S. 86.

3) Hamann, DVBl 58, 405 f (409).

c) M-D Art. 20 Rdnr. 8; Tekülve, S. 125 f (127).

Die h.M. ¹⁾ geht von der Doppelfunktion dieses Begriffes aus. Er soll neben einer Mitwirkung der Länder bei der Bundesgesetzgebung auch das Recht der Länder auf Mitwirkung an der gesamten staatlichen Gesetzgebung garantieren. Diese Auslegung würde zu einer speziellen Garantie eines landeseigenen Gesetzgebungsreiches führen.

Als Begründung wird überwiegend auf den Wortlaut verwiesen. Weil es nicht Bundesgesetzgebung hieße, müsse auf eine umfassende Bedeutung dieses Begriffes geschlossen werden. ²⁾ In der bundesstaatlichen Terminologie werde unter Gesetzgebung immer die Bund und Länder gemeinsam erfassende Gesetzgebung verstanden. ³⁾

Schließlich wird auch darauf hingewiesen, daß nur auf diese Weise den Ländern ein eigener Gesetzgebungsbereich gesichert werden könne. ⁴⁾

Die gegenteilige Ansicht ⁵⁾ beruft sich darauf, daß der eigenständige Landesgesetzgebungsbereich schon durch die Staatseigenschaft der Länder geschützt sei. Deshalb sei eine einengende Auslegung im Sinne von Bundesgesetzgebung notwendig, um zu einem spezifischen Aussagewert dieser Alternative zu kommen.

b) Nur aus dem Wortlaut läßt sich keine der Meinungen begründen. Zwar mag das einfache Wort Gesetzgebung mehr für den Sammelbegriff Bundes- und Landesgesetzgebung sprechen, aber dann ergibt der Satz in seinen beiden Alternativen immer noch keinen eindeutigen Sinn; denn jetzt ist es unverständlich, wie die Länder an ihrer eigenen Gesetzgebung lediglich mitwirken sollen, obwohl sie dort die entscheidenden Akte setzten. ⁶⁾ Mitwirkung drückt aber nur eine sekundäre Beteiligungsform aus. ⁷⁾

1) Giese-Schunck, Art.79 Erl.6; Hamm, S.109 bezieht keine Stellung; Herrmann, S.120; Maunz, § 28,II,b S.203; M-D Art.79 Rdnr. 36 f; Scheuner, DÖV 66,513 f (517); Zinn, AöR 75,271 f (299); u.a.

2) Herrmann, S.120.

3) Maunz, § 28,II b) S.203

4) Herrmann, S.120.

5) Harbich, S.130/131, ohne sich allerdings mit der Gegenmeinung auseinanderzusetzen.

6) H.H.Weber, S.145.

7) vM-K, S.1013/1014.

Sobald man der h.M. folgt, daß zur Staatseigenschaft die drei materialen Staatsfunktionen Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gehören, besteht für einen besonderen Schutz der landeseigenen Gesetzgebung kein Bedürfnis mehr. Anders ist es nur für die Anhänger der Jellinekschen Staatsfragmentenlehre, ²⁾ die mit dieser Auslegung Länder als reine Verwaltungs- oder Rechtssprechungsinstitutionen verhindern könnten. ³⁾ Wenn Maunz daher zugibt, die Garantien der Landesgesetzgebung durch Art. 79, III A a) und b) lägen nahe beieinander: so würde doch erst eine Abgrenzung der beiden Tatbestände seine Auslegung sinnvoll machen. Eine Abgrenzung ist aber völlig ungewiß.

Verständlich wäre die Auslegung der h.M. nur aus einem übertriebenen Schutzbedürfnis heraus: Man will unter allen Umständen vermeiden, daß der 1. Teil des Art. 79, III A rein territorial aufgefaßt wird. Diese Bemühungen haben aber den Blick für das Nötige und Mögliche getrübt; denn die Entstehungsgeschichte widerlegt den Standpunkt der h.M. eindeutig.

Als präzise Umschreibung der zu schützenden Materie wurde vom Interfraktionellen Fünferausschuß ⁴⁾ in seiner Sitzung vom 5.2.49 vorgeschlagen, in Art. 106 "die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung (Art. 65)" einem erschwerten Abänderungsverfahren zu unterwerfen.

1) so u.a. Harbich, S.126; Laux, S.107 f; Curtius, S.79; allgemein dazu G.Jellinek, S.493.

2) siehe dazu oben § 3, II, 4b S. 63 Anm. 1.

3) mißverständlich Hermann, S.120.

4) Drs. 591.

Gesetzgebung und Verwaltung im Vorschlag des Fünferausschusses bezogen sich nur auf die Bundesgesetzgebung und -verwaltung, was sich aus dem Hinweis auf Art. 65 (heute Art. 50) ergibt:

"Durch den Bundesrat wirken die Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes mit" 1)

Die endgültige Fassung geht auf eine Formulierung des ARA 2) zurück, die ohne Diskussion vom HA in IV. Lesung 3) angenommen wurde.

Es läßt sich nicht erkennen, daß durch die Streichung der Verwaltung jetzt auch der Begriff der Gesetzgebung einen anderen Inhalt bekommen haben sollte. Viel einleuchtender ist es, daß der nunmehr zum verfassungsfesten Minimum erklärte Bereich möglichst klein gehalten werden sollte. Es überzeugt daher nicht, daß durch den gleichen Akt der Begriff der Gesetzgebung erweitert worden ist.

Deshalb ist unter Gesetzgebung im Gegensatz zur h.M. in Art. 79, III A, b) nur die Bundesgesetzgebung zu verstehen. 4)

-
- 1) Diese Fassung besteht unverändert seit dem 30.11.48, vergl. v.Doemming, JöR NF 1, 382.
 - 2) Sitzung vom 2.5.49, Drs. 751 (PR Entwürfe S.220).
 - 3) 57. Sitzung des HA vom 5.5.49 (Verhandlungen HA S.755).
 - 4) Ebenso Curtius, S.80 ohne nähere Begründung; Harbich, S.131; H.H.Weber, S.145 der noch auf die Überschrift des VII.Abschnittes aufmerksam macht. Daraus ergebe sich, daß der Gegenstand der grundgesetzlichen Regelungen nur die Bundesgesetzgebung, nicht die Landesgesetzgebung sei.

2. Inhalt des Begriffes Mitwirkung.

Diese Frage soll anhand einer Diskussion über die Abänderbarkeit des Bundesrates erörtert werden.

Dabei wollen wir den Problemkreis aufgliedern, indem wir untersuchen, inwieweit die Organisationsform des Bundesrates, die Form und der Umfang seiner gegenwärtigen Mitwirkungsrechte durch Art. 79, III A, b garantiert sind.

a) Könnte durch verfassungsänderndes Gesetz das "föderative Organ" in einen Senat verwandelt werden?

Schon während der Verhandlungen von Herrenchiemsee und im PR ist um die Struktur der Länderkammer erbittert gestritten worden.¹⁾ Der schließlich ausgehandelte Kompromiß²⁾ (Art. 50 ff) wird von einigen Autoren in seinen Grundzügen für unantastbar erklärt. Dazu gehöre insbesondere die Organisation in Form eines Bundesrates.³⁾

Mit ausführlicher Begründung vertritt Harbich⁴⁾ diese Auffassung, wobei er sich auf drei Argumente stützt.

-
- 1) Es bestanden drei Auffassungen: 1. reines Bundesratssystem (insbesondere von der CDU vertreten), 2. reines Senatsprinzip (insbesondere von der SPD vertreten), 3. Bundesrat mit senatorischer "Schleppe" (insbesondere von der FDP und Teilen der CDU vertreten). Zur Diskussion siehe etwa: Bericht S.37; PR Bericht S.18; 11.Sitzung des HA vom 30.11.48 (Verhandlungen HA S.123 ff); 40.Sitzung des HA vom 14.1.49 (Verhandlungen HA S.507 f); 48.Sitzung HA vom 9.2.49 (Verhandlungen HA S.634).
 - 2) dazu die Äußerung des Abg.Süsterhenn, Seeborn, Heuß und Schmid in der 11.Sitzung des HA vom 30.11.48 (Verhandlungen HA S.124-127.)
 - 3) Beim Bundesratssystem wird die "Länderkammer" mit Mitgliedern der Landesregierung beschickt, sie stimmen nach dem Auftrag der Landesregierung ab. Beim Senatsprinzip werden die Vertreter für die Länderkammer durch das Parlament oder das Landesvolk gewählt, sie haben ein freies Stimmrecht. Siehe dazu Gaa, S.37 f mit Hinweisen auf abweichende Meinungen.
 - 4) Harbich, S.131 f (134); für die Garantie des Bundesratssystems ausdrücklich auch M-D Art.79, Rdnr.36 Anm.1 auf S.16. Allerdings lehnt auch Maunz eine vollständige Garantie des gegenwärtigen Bundesrates (Art. 50 ff) ab.

Schon die Wortinterpretation lege es nahe, unter "Ländern" die juristisch-politischen Einheiten, nicht aber die Landesvölker zu verstehen. ¹⁾ Weiterhin sei die Bevölkerung schon im Bundestag vertreten, ein Senat deshalb nur eine "Mikroskopie des Parlamentes" ²⁾ und könne der Funktion einer zweiten Kammer nicht gerecht werden. Schließlich sei eine einheitliche Stimmabgabe eines Landes für dessen produktive Mitarbeit notwendig. ³⁾ Nur mit dem Bundesratsprinzip sei aber ein gebundenes Stimmrecht vereinbar.

Von allen Autoren wird anerkannt, daß sowohl das Senats- als auch das Bundesratsprinzip der deutschen und ausländischen Verfassungstradition angehört. ⁴⁾ Man kann also nicht eines der Prinzipien als mit der bundesstaatlichen Struktur unvereinbar eliminieren. Denjenigen, die sich hauptsächlich auf den Wortlaut des Art. 79, III A, b) stützen, muß Folgendes entgegengehalten werden: Die Antithese Länder-Landesvölker ist nicht überzeugend. Mit gleichem Recht ließe sich sagen, daß in Art. 79, III auch die Landesregierungen oder die Landesparlamente nicht erwähnt seien. ⁵⁾ Es spricht in diesem Zusammenhang mehr für eine unspezifische Bedeutung des Begriffes Land.

Daß die Länder nur durch ihre gesetzliche Vertretung, die Landesregierung, handeln könnten, ist zumindest in einer Demokratie zweifelhaft, in der das unmittelbar vom Volk gewählte Parlament der oberste Repräsentant ist. Für die Bestimmung der Mitglieder der Länderkammer durch die Landesregierung sprechen zwar Zweckmäßigkeitsgründe, die sich im PR durchgesetzt haben gegenüber der Wahl von Senatoren durch das Parlament

1) Harbich, S.131/132.

2) Abg.Heuß, 11.Sitzung des BA vom 30.11.48 (Verhandlungen BA S.126; ebenso schon Bericht S.37 (sub. A,2); Harbich, S.133; Ehard, Bay.VerwBl 61,1 f (3).

3) Harbich, S.132,133.

4) Abg.Lehr (PR Bericht S.19); Bericht S.38; Ehard, BayVerwBl 61,1 f (3); Gaa, S.37 ff.

5) Darauf hat das BVerfG 8,104 f (120) aufmerksam gemacht. Zweifel daran, daß der Bundesrat in seiner heutigen Form das föderale Element wirksam zur Geltung bringen kann, hat W.Weber, S.91 f geäußert.

oder das Landesvolk. Mit dem Begriff des Landes ist aber weder das Repräsentationsprinzip (Senat) noch das Vertreterprinzip (Bundesrat) zwingend verbunden.

Auch die funktionellen Bedenken gegen das Senatsprinzip greifen nicht durch. Schon aufgrund der gegenwärtigen unterschiedlichen Stimmverteilung kann der Bundesrat kein verkleinertes Spiegelbild des Parlamentes sein, da die kleineren zugunsten der größeren Länder bevorzugt sind. Das Zerrbild würde verstärkt, wenn jeder Gliedstaat die gleiche Anzahl von Senatoren in die Länderkammer schicken dürfte. Deshalb sind gerade demokratische und staatsrechtliche Gesichtspunkte für die Senatslösung geltend gemacht worden. ¹⁾

Auch ist eine einheitliche Stimmabgabe nicht erforderlich, um den Landeseinfluß geltend zu machen. Die Begründung mit einem Laband-Zitat ²⁾ bei Harbich zeigt deutlich die unkritische Übernahme von absolutistischen Vorstellungen in eine demokratische Verfassung. Unter der Monarchie konnte man mit Recht ein Auseinanderfallen der Landesstimmen mit dem Hinweis auf den notwendigerweise einheitlichen Willen des Monarchen, des Staatsträgers, bekämpfen. Heute aber ist das Volk Träger der Staatsgewalt. Bei einer pluralistisch strukturierten Landesgesellschaft können Stimmabgaben im Verhältnis 2:1 oder 2:2 durchaus sinnvoll sein. Nach der Addition aller Länderstimmen würde das Ergebnis sich wegen der oben erwähnten Verzerrung dennoch von den Voten des Bundestages unterscheiden.

Abschließend darf noch darauf hingewiesen werden, daß gerade bei einem Kompromiß, der so entgegengesetzte Auffassungen zu versöhnen hatte, eine Verewigung kaum zu erwarten sein dürfte. Nur wenn sich der Kompromiß zwanglos als Inhalt der Entscheidung des Art.79,III

1) Bericht S.38; Abg.Katz, 11.Sitzung HA vom 30.11.48 (Verhandlungen HA S.123/124); Abg.Siebohm daselbst S.125.

2) Laband, BdI.S.243; siehe auch Harbich, S.134 Anm. 75.

nachweisen ließe, könnte man das Bundesratsprinzip als zum Wesensgehalt des Bundesstaates im Sinne des Art. 79,III ansehen. Anderenfalls würde die Bestimmung unnötig mit Sprengstoff belastet werden.

Es spricht also mehr dafür, daß die Organisation des föderativen Organs als Bundesrat durch Art. 79,III nicht festgelegt. ¹⁾²⁾

b) Kann die Mitwirkung der Länder bei der Bundesgesetzgebung auf ein Einspruchsrecht beschränkt werden? In dieser Frage besteht insoweit Einigkeit, als weder der gegenwärtige Umfang an Zustimmungs- und Einspruchsgesetzen, noch überhaupt die Rechtsform der Zustimmungsgesetze durch Art. 79,III A,b) geschützt ist. ³⁾

Allerdings fordert eine "Mitwirkung" bei der Bundesgesetzgebung zumindest ein Einspruchsrecht (= auf-schiebendes Veto), die bloß unverbindliche Anhörung würde nicht mehr ausreichen. ⁴⁾ Die Rechtsform des

-
- 1) Bleibaum, S.62,70; Curtius, S.80; Hamm, S.109; Hesse, Grundzüge S.256; Laux, S.108; Nawiasky, Grundgedanken, S.63,122; H.H.Weber, S.140 f, der darauf hinweist, daß die Teilnahme nur grundsätzlich geschützt sei, und daraus die Abänderbarkeit des Bundesrates als auch die Möglichkeit der Übertragung an andere Länderorgane folgert.
 - 2) Deswegen erscheint die Regelung des geplanten Art. 53,a (BT Drs.V/1879) wenigstens unter diesem Gesichtspunkt verfassungsmäßig zu sein. Der "Gemeinsame Ausschuß" soll mit je 11 Mitgliedern des Bundestages und des Bundesrates ein Notparlament bilden, in dem auch die Bundesratsmitglieder weisungsfrei sein sollen. Weder die Weisungsfreiheit noch eine unterschiedliche Stimmenzahl der Länder ist aber durch Art. 79,III A,b) gefordert.
 - 3) M-D Art.79 Rdnr.36; vM S.429; Nawiasky, Grundgedanken, S.122; Giese-Schunck, Art. 79 Erl.II,6; Harbich, S.135; Laux, S.108; Hamm, S.109.
 - 4) Laux, S.108; Harbich, S.135.

Einspruchs stellt also die geringste Form der Mitwirkung dar. ¹⁾²⁾

c) Könnte durch verfassungsänderndes Gesetz die Mitwirkung des Bundesrates bei Verfassungsänderungen (Art.79,II) vollständig beseitigt werden?

Unter der WRV ist die Lehre ³⁾ vertreten worden, daß die "Staatsfundamentalnormen" (Nawiasky), zu denen neben den grundlegenden politischen Wertentscheidungen wie Demokratie, Monarchie, Rechtsstaat, Sozialismus etc. auch die formalen Bestimmungen über die Verfassungsrevision gerechnet wurden, einer Verfassungsänderung entzogen seien. Man gelangte zu diesem Ergebnis durch eine einengende Wortinterpretation. Nur bei Kontinuität der *pouvoir constituant* und der von ihm erlassenen Abänderungsvorschriften könne von einer Änderung der fortbestehenden Verfassung gesprochen werden. ⁴⁾ Änderungen im Verfahren führten zur Verfassungsbeseitigung, ein Wechsel der verfassungsgebenden Gewalt sei eine Verfassungsvernichtung. ⁵⁾

1) Laux, S.103.

2) In diesem Zusammenhang kann auf eine andere Besonderheit des geplanten Art. 53 a eingegangen werden. Es ist geltend gemacht worden, die gemeinsame Beratung und Abstimmung im Gemeinsamen Ausschuß von Bundestags- und Bundesratsmitgliedern verstoße gegen Art. 79,II A,b). Die gemeinsame Beratung und Abstimmung ist aber die stärkste Form der Mitwirkung bei der Gesetzgebung. Die Überstimmung der Bundesratsmitglieder in diesem Verfahren ist unbedenklich, weil wir festgestellt haben, daß die Form der Zustimmungsgesetze durch Art. 79,III,A,b) nicht garantiert wird, eine Abstimmung nach "Bänken" also nicht erforderlich ist.

3) C.Schmitt, S.103; Nawiasky, S.31 f.

4) C.Schmitt, S.99.

5) C.Schmitt, S.99.

Diese Argumentation war nur solange überzeugend, wie ein unabdingbarer Verfassungskern nicht ausdrücklich in der Verfassung aufgestellt worden war. Seit in Art. 79,III die Schranken der Verfassungsänderungsbefugnis enumerativ aufgezählt sind, ist für weitere Beschränkungen außerhalb des Art. 79,III kein Raum (argumentum e contrario). ¹⁾ Daß in Art. 79,III materielle Schranken aufgestellt worden sind, ändert am Ergebnis nichts. Die Unantastbarkeit des Art. 79,II ist deshalb bisher auch nirgends vertreten worden. ²⁾ Wenn überhaupt, so könnte sich ein Verbot, den Bundesrat von der Grundgesetzänderung auszuschließen, nur aus Art. 79,III ergeben.

Der Wortlaut des Art. 79,III A,b) sagt, daß die Länder grundsätzlich bei der Gesetzgebung mitwirken sollen. Ausnahmen im Einzelfall oder für bestimmte Sachgebiete sind zulässig. ³⁾ Dies könnte auch der Bereich der Verfassungsänderung sein.

Das von Harbich ⁴⁾ vertretene Regel-Ausnahme-Verhältnis hilft hier nicht weiter, da er in diesem Zusammenhang Gesetzgebung und Verfassungsänderung gleichsetzt und der Ausschluß bei der Abänderung der Verfassung sicherlich als Ausnahme erscheint, wenn bei dem gesamten sonstigen Gesetzgebungsverfahren der Bundesrat beteiligt ist. Auch die geläufige Formulierung, die Gesetzgebungsautonomie der Länder dürfe nicht grundsätzlich beseitigt oder berührt werden, ⁵⁾ gibt für unseren Fall nichts her.

Gleichgültig, ob und in welchem Umfang der Bundesrat an Verfassungsänderungen beteiligt ist, leiten die Länder ihre "Autonomie" nicht aus der Bundesverfassung oder ihrer Beteiligung an der Willensbildung der Zentrale ab.

1) Siehe oben § 1,III Seite 13 Anm.1.

2) Meyer-Arndt, AöR 82,288; Dürig, DVBl 54,43.

3) Grewe, DRZ 49,350; Harbich, S.134 f (135); Herrfahrt BK Art.79, Erl.II,3; vM, S.128; H.H.Weber S.148; Zinn, AöR 75,299.

4) Harbich, S.136.

5) Siehe etwa H.H.Weber, S.148; Zinn, AöR 75,299.

Nur der Sinn und Zweck des Art.79,III, A,b) könnte deshalb dazu führen, eine vollständige oder entscheidende Beeinträchtigung der Mitwirkung des Bundesrates bei Verfassungsänderungen für verfassungswidrig zu halten. Der Grund für die Einfügung des zweiten Bestandteiles der Föderativklausel war die dogmatische Erkenntnis, daß den Ländern, um ihren Staatscharakter zu erhalten, dort ein Einflußrecht zugebilligt werden müsse, wo sie der Bundesgewalt unterworfen seien, ¹⁾ also bei der Ausübung der Kompetenz-Kompetenz (Art.79) und beim Bundeszwang (Art.37). Dazu gesellte sich die politische Erkenntnis, daß die Länder andernfalls aufgrund der Normenhierarchie völlig überspielt werden könnten. Anstelle der staatsvertraglichen Revision der Verfassung kann nur dann eine zentrale Kompetenz zur Verfassungsänderung eingeführt werden, wenn eine Beteiligung der Gliedstaaten gesichert ist, da sonst die Herrschaft über die Grenze der beiderseitigen Aufgabenbereiche automatisch zu einer Herrschaft über die Gesamtheit der Aufgaben führen würde. Immer dann, wenn die Länder nicht dem Willen des Bundes entsprechen würden, könnte er ihnen die Sachgebiete entziehen und in der Verfassung selbst regeln.

Durch Art.79,III A,b) wird daher eine Beteiligung der Länder sowohl am verfassungsändernden, als auch am einfachen Bundesgesetzgebungsverfahren geschützt. Das schließt Modifizierungen des Art. 79,II nicht aus. Die Änderung der Zweidrittelmehrheit ²⁾ oder die Einführung eines Volksentscheides ³⁾ wären zulässig.

1) Laband, Bd.I, S.60-62 und 238; Smend, S.119f, 270.

2) Schmke, Grenzen S.127; Hesse, Grundzüge, S.256/257. Wegen der Normenhierarchie ist allerdings ein gegenüber dem einfachen Bundesgesetzgebungsverfahren qualifizierter Beschluß erforderlich.

3) Herrfahrdt, BK Art.79 Erl.II,3; Laux, S.117/118.

§ 4 Grenzen der Bundeskompetenz-Kompetenz

I Das Verhältnis des Art. 79,III A zur Kompetenz-Kompetenz.

Nicht jede Änderung des gegenwärtigen Bund-Länderverhältnisses (insbesondere des Kompetenzkataloges und der Zuständigkeiten des Bundesrates) wird durch Art. 79,III verhindert. Das ergibt sich eindeutig aus der Entstehungsgeschichte. Sowohl die verschiedenen Formulierungen der Entwürfe, ¹⁾ als auch die im PR geäußerten Meinungen ²⁾ beweisen, daß immer nur ein Minimalbestand an Landeskompetenzen gesichert werden sollte. Eine eventuell notwendige, begrenzte Kompetenzerweiterung zugunsten des Bundes sollte nicht unter Art. 79, III A fallen. Für die Mitwirkung der Länder bei der Willensbildung des Bundes war dies ausdrücklich durch die Worte "grundsätzliche Mitwirkung" ausgesprochen worden.

Im Folgenden gilt es, den Inhalt des Art. 79,III A gegenüber der Entziehungskompetenz des Bundes abzugrenzen.

1. Das Entziehungsproblem bei den Rechtsfällen zu § 3

a) Der erste Fall befaßt sich unter dem Gesichtspunkt der Personalhoheit mit der Landesstaatsangehörigkeit. Auch die nur eingeschränkte Landeskompetenz zur Gewährung einer Landesstaatsangehörigkeit kann der Bund durch eine Verfassungsänderung beseitigen, da nicht Staatsangehörige, sondern Untertanen als Adressaten der Normbefehle erforderlich sind.

Nicht beseitigen darf der Bund aber die Befugnis der Länder, den ihrer Staatsgewalt unterworfenen Bürgern besondere Vergünstigungen oder Lasten aufzuerlegen.

1) siehe dazu S.28 Anm. 2) und 3)

2) siehe etwa die Abg. Katz und Süsterhenn in der 12.Sitzung des HA vom 1.12.48 (Verhandlungen HA S.146-148).

Das Ergebnis wird sich deshalb gegenüber einer eigenen Landesstaatsangehörigkeit nicht unterscheiden; denn die Länder können aufgrund ihrer Personalhoheit die Rechtsfolgen, die sich sonst aus einer Landesangehörigkeit im Sinne des Staatsrechtes ergeben würden, an den tatsächlichen Aufenthalt im Lande, den ersten Wohnsitz oder die Geburt im Lande knüpfen. ¹⁾

b) Auch die gegenwärtige Kompetenz der Länder zu Grenzberichtigungen nach § 1, II GÄG kann durch den Bund beseitigt werden. Das ist zwar nicht zweckmäßig aber mit Art. 79, III A vereinbar.

Schon der Rechtszustand bis zum Erlass des Grenzänderungsgesetzes zeigt das. Damals war der Bund nach richtiger Auffassung ²⁾ für die Änderungen der Binnen- und Außengrenzen allein zuständig gewesen.

Die Landesterritorialhoheit äußert sich gegenwärtig nicht in der Abtretungsbefugnis von Landesgebiet, sondern in der Kompetenz zu dessen Untergliederung. ³⁾

Unter § 3, II, 2 hatten wir weiter festgestellt, daß die gegenwärtigen Länder nicht durch Art. 79, III A garantiert sind. ⁴⁾ Es ist deshalb zu prüfen, wie weit die territoriale Untergliederung des Bundes beseitigt werden kann.

Harbich sieht in Art. 79, III nicht nur den rechtlichen Minimalbestand eines Bundesstaates geschützt, sondern darüberhinaus Funktionsfähigkeit und Gleichgewichtigkeit der Gliedstaaten. ⁵⁾ Er lehnt unter diesem Gesichtspunkt ausdrücklich die Reduzierung auf zwei Bundesländer ab. ⁶⁾

1) Hoffmann, AöR 81, 333 ff weist zutreffend darauf hin, daß im Bereich der staatsbürgerlichen Rechte Art. 33, I eine unterschiedliche Behandlung der Landesangehörigen gegenüber anderen Bundesbürgern nahezu ausschließt. Aber auf privatrechtlichem Gebiet sind solche Differenzierungen im Rahmen des Art. 3 zulässig.

2) siehe S. 42 Anm. 2).

3) siehe S. 48 sub. c)

4) siehe S. 41 Anm. 3)

5) Harbich, S. 149 und 152.

6) Harbich, S. 118 f und 153.

Die Auflösung der bisherigen Bundesländer und die Schaffung von nur zwei Gliedstaaten wird dagegen von der h.M. ¹⁾ bejaht. Man beruft sich dabei ausdrücklich auf den Begriff des Bundesstaates, der nur mindestens zwei Gliedstaaten fordere und auf die unüberwindlichen Abgrenzungsschwierigkeiten, die entstünden, wenn eine andere Anzahl von Ländern zugrunde gelegt würde.

An dieser Diskussion wird die Problematik der konkreten Anwendung des Art. 79,III A besonders deutlich. Rechtlich läßt sich wohl nur die letzte Meinung begründen, ebenso sicher ist aber, daß eine Zusammenlegung aller Bundesländer mit Ausnahme von Bremen oder Hamburg nicht dem Sinn des Grundgesetzes entspräche. Aber aus dem Wortlaut und dem Sinn des Art. 79,III läßt sich schlechterdings nicht entscheiden, ob es vier oder sieben Bundesländer sein müssen.

Da sich als Inhalt der Verfassungsentscheidung des Art. 79,III A nur das Gebot ergibt, den Bund mindestens in zwei Länder territorial zu untergliedern, können die darüber hinausgehenden Gesichtspunkte allenfalls in anderen Rechtsinstituten und Normen wirksam werden. Innerhalb des Art. 79,III ist das unmöglich.

Die absolute Grenze der Kompetenz-Kompetenz des Bundes zur inneren Untergliederung (Art. 29) bildet also die Entscheidung des Art. 79,III A zugunsten von mindestens zwei Ländern.

c) Unproblematisch ist auch der eventuelle Entzug der nach Auffassung des Verfassers den Ländern zustehenden Verwaltungskompetenz auf dem Festlandssockel.

1) Bleibaum, S.65; Curtius, S. 79; Geiger, BayVerwBl 64,65; Hamm, S. 107; Katzer, BayVerwBl 55,257; Laux, S.106; M-D, Art. 23 Rdnr. 11; Art. 29 Rdnr.7; Art. 79 Rdnr. 34; Scheuner, DÖV 66,517.

Daß durch Art. 79,III nicht jede bestehende Landeskompetenz garantiert werden soll, ist unbestritten.¹⁾ Nur der Staatscharakter der Länder bildet für die Kompetenz-Kompetenz des Bundes eine Schranke.²⁾ Dieses Gebot des Art. 79,III ist aber noch nicht verletzt, wenn die Landeskompetenzen am Festlandsockel zentralisiert würden; denn auf diesem Gebiet hatten die Länder - von dem umstrittenen Bundesgesetz einmal abgesehen - auch bisher nicht die Möglichkeit, eigenständige Staatsgewalt auszuüben. Wie oben bereits erörtert, kann sich die Staatlichkeit der Länder nur auf Sachgebieten manifestieren, die ihrer ausschließlichen Zuständigkeit unterliegen.³⁾ Sobald dem Bund die Gesetzgebungszuständigkeit übertragen ist - beim Festlandsockelgesetz gemäß Art. 74 Ziff. 11 - leiten die entsprechenden Landesverwaltungsakte ihre Verbindlichkeit aus der Bundesrechtsordnung ab, und eine eigenständige Staatsgewalt ist nicht gegeben.

Die Regelungen des Festlandsockelgesetzes wären daher nach einer entsprechenden Verfassungsänderung, die die Landeskompetenzen nach Art. 83 einschränken würde, mit Art. 79,III A vereinbar.

-
- 1) Hamann, Komm.S.296; Herrfahrdt BK Art. 79 Erl.II,3; Kölble, DÖV 67,7; vM, 429; M-D, Art.79 Rdnr. 35; Scheuner, DÖV 66,517; Zinn, AöR 75,299.
 - 2) So ausdrücklich Bleibaum, S.62; Curtius, S.78f; Kölble, DÖV 67,7; Kowno, DÖV 66,371; H.H.weber, S.139; Darauf, daß die Staatlichkeit von Ländern und Bund geschützt sei, weisen hin Bachof, S.43; Haegert NJW 61,1137; Harbich, S.120; Laux, S.105; einschränkend nur Hamm, S. 108, der unter Hinweis auf die mangelnde Garantie der Bestehenden Länder keinen Bundesstaat mit echten Gliedstaaten garantiert sieht, sondern im Anschluß an den "Bundesstaat ohne bündischen Grundlage" (C.Schmitt, S.389) in den Ländern eine Zwischenstufe zwischen Staaten und Selbstverwaltungskörperschaften sieht.
 - 3) Siehe oben S. 62 f und Harbich, S.122; Zeidler DVBl 60,575; Kowno, DÖV 66,371/372.

2. Entzug von Kompetenzen aus dem Landesstaatsbereich

Es bleibt zu untersuchen, ob durch eine Erweiterung der bundesgesetzlichen Zuständigkeiten auf kulturellem Gebiet Art. 79,III A verletzt wird. Der Bund möchte durch verfassungsänderndes Gesetz die Gesetzgebungszuständigkeit auf dem Gebiet des Rundfunk- und Fernsehens an sich ziehen.

Wäre ein solches Gesetz mit Art. 79,III A vereinbar?

a) Da Art. 73 Ziff. 7 nur den sendetechnischen Bereich für bundesgesetzliche Regelungen eröffnet, gehören die weiteren Kompetenzen auf diesem Sachgebiet gemäß Art. 30, 70, 83 zum ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Länder.¹⁾ Hier kann sich die Staatsgewalt der Länder manifestieren. Es wäre daran zu denken, daß der Wortlaut des Art. 79,III,A Ausgliederungen aus diesem Kompetenzbereich der Länder überhaupt verbietet. Dafür spräche eine Verschärfung des Wortlautes des Art.79,III gegenüber dem Art. 108 HChE.²⁾ Damals war noch eine "Beseitigung" gefordert worden, nunmehr soll schon ein "berühren" genügen. Die Staatlichkeit der Länder dürfte danach "nicht einmal am Rande beeinträchtigt werden".³⁾ Bezüglich des ersten Bestandteiles der Föderativklausel scheinen daher die Bedenken von Maunz⁴⁾ begründet zu sein, der sich gegen diese weitreichende Formulierung wendet.

1) BVerfG 12,205 ff (225 f) und LS.: 3 a u.b)

2) Art. 108 HChE lautete: "Anträge auf Änderung des Grundgesetzes, durch die die freiheitlich demokratische Grundordnung beseitigt würde, sind unzulässig". (Bericht S.77)

3) Curtius, S.77

4) Maunz, Festschrift für Laforet, S.145; a.A. H.H. Weber, S.66 f, der aber bei seiner Untersuchung nicht beachtet, daß der Passus "Einteilung des Bundes in Länder" nicht mit dem Wort "grundsätzlich" versehen ist.

Da nach Meinung des PR eine Entziehung von Kompetenzen auch aus dem Bereich ausschließlicher Landeszuständigkeiten möglich sein sollte, ist die Formulierung des Art. 79 III insoweit mißlungen und die strenge Wortbedeutung vom Verfassungsgeber nicht gewollt. ¹⁾ Es ist Bleibaum ²⁾ zuzustimmen, der unter Hinweis auf eine entsprechende Bedeutung im Völkerrecht "berühren" im Sinne des Art. 79,III als Einschränkung, Schmälerung oder Vernichtung der Garantien versteht. Nur eine wesentliche Beeinträchtigung der Landesstaatlichkeit, (ein Einbruch in den Kernbereich der dem Lande zustehenden Kompetenzen), oder ihre völlige Beseitigung durch Art.79,III A verhindert werden.

b) Für den vorliegenden Fall muß geprüft werden, ob die Rundfunk- und Fernsehkompetenz zu dem Aufgabebereich gehört, der das Wesen der heutigen Bundesländer prägt. Diese Frage ist im Schrifttum bisher nur sehr unzureichend behandelt worden. Die Mehrzahl der Autoren stellt keine besonderen Maßstäbe auf, nach denen unser Fall beurteilt werden könnte. In der Regel soll das einer Bewertung im Einzelfall überlassen bleiben. ³⁾ Nur in extremen Beispielen wird ein Verstoß gegen Art. 79,III A bejaht. ⁴⁾

1) siehe etwa den Antrag des Abg. Süsterherm auf der 12. Sitzung des HA vom 1.12.48 (Verhandlungen HA S.148) wo nur eine "wesentliche Veränderung" unter den damaligen Art. 107 fallen sollte. Im weiteren Verlauf der Diskussion sollte diese Entscheidung nur präzisiert aber nicht erweitert werden.

2) Bleibaum, S. 57/58.

3) M-D Art. 79 Rdnr. 37

4) Gegen die Umwandlung der BRD in einen (dezentralisierten) Einheitsstaat Harbich, S.121; M-D Art. 79 Rdnr. 33; W.Schmidt, AöR 87,282. Gegen den völligen Entzug der Landesfinanz- oder Finanzertragshoheit M-D Art. 79 Rdnr. 35; Klein, Festschrift für Giese S.134; Abg. Laforet in der 12.Sitzung des 1.BT am 14.6.1951; gegen ein Gesetz, das die Landesregierungen der Bundesregierung unterstellt Harbich, S. 121.

So läßt Curtius die Frage, wo die Grenzen für eine Erweiterung der Bundeszuständigkeiten liegen, ausdrücklich offen.¹⁾ Er hält allerdings einen Entzug aller wichtigen Materien ebenso wie die Zentralisierung der gesamten unteren und mittleren Rechtsprechung oder den vollständigen Verlust eines landeseigenen Gesetzgebungsrechtes mit Art. 79,III A für nicht vereinbar.²⁾

Da H.H.Weber die Struktur der BRD als Bundesstaat in Art. 79,III durch die "Grundsätze des Art. 20" garantiert sieht, gelangt er unmittelbar zu dem Schutz nur eines substantiellen Kernbereiches.³⁾ Zum Kernbestand des Landes rechnet er "bestimmte nach der deutschen staatsrechtlichen Tradition, wie auch nach dem Sprachgebrauch des Grundgesetzes diesem Begriff zukommende Qualitäten", die er unter dem Begriff Staatlichkeit zusammenfaßt.⁴⁾ Die Substanz der Länder wird nach H.H.Weber insbesondere durch die Art. 28 und 30 gebildet.⁵⁾ Bis zu welchem Punkte die Staatsgewalt eingeschränkt werden darf, wird von H.H.Weber nicht gesagt.

Bleibbaum sieht in den Generalklauseln der Art. 30, 70 und 50 die wesentlichen Merkmale des Begriffes Land, wie er durch Art. 79,III A geschützt werden soll. Deshalb ist seiner Ansicht nach sowohl die generelle Zuständigkeit der Länder für die Ausübung der Staatsgewalt, als auch die Beteiligung der Länder an der Verwaltung und Gesetzgebung des Bundes geschützt.⁷⁾ Bleibbaum hält eine Erweiterung der ausschließlichen oder konkurrierenden Kompetenzen des Bundes für zulässig, weil dadurch die grundsätzliche Allzuständigkeit der

1) Curtius, S. 80

2) Curtius, S. 79 f

3) H.H.Weber, S. 68

4) H.H.Weber, S. 136

5) H.H.Weber, S. 139; ebenso Maunz, § 25,II a S. 203

6) Bleibbaum, S. 62

7) Bleibbaum, S. 62/63

Länder nicht angetastet werde. ¹⁾ Zu der Möglichkeit einer entleerten Generalklausel durch dichtgefächerte Bundeszuständigkeiten äußert er sich nicht direkt. Nur aus seiner prinzipiellen Skepsis gegenüber der Eigenstaatlichkeit der Länder und seiner Sympathie für die unitarischen Tendenzen ²⁾ kann geschlossen werden, daß sich Bleibaum auch mit einer weitgehend formalen Bedeutung der Generalklauseln zufrieden geben würde. Als Beurteilungsmaßstab beim Entzug einer einzelnen Kompetenz wäre Art. 79,III dann bedeutungslos. Von Harbich wird neuerdings eine Auffassung vertreten, die auf eine Erweiterung des "formalen" juristischen Bundesstaatsbegriffes durch politisch-ökonomische Elemente hinausläuft. ³⁾ Im Anschluß an Walter Schmidt ⁴⁾ will Harbich für Art. 79,III ausdrücklich einen politisch gleichgewichtigen Bundesstaatsbegriff zugrunde legen. ⁵⁾ Wesenskern der Staatlichkeit soll ein Aufgabenbereich sein, der nach Umfang und Gewicht rechtlich und politisch freie Entscheidungen ermöglicht. ⁶⁾ Da diesen Ansprüchen nur noch der kulturelle Bereich genügt, sieht Harbich in ihm den "innersten Kern der Staatlichkeit der deutschen Länder". ⁷⁾ Dennoch kann seiner Ansicht nach sowohl ein Bundeskultusministerium geschaffen, als auch auf diesem Gebiet den Ländern Kompetenzen entzogen werden. Derartige Kompetenzentziehungen bedürfen zwar einer "besonders kritischen Beurteilung", aber nur eine mehr oder weniger totale Beseitigung der Landeskulturhoheit soll mit Art. 79,III und der (politischen) Länderstaatlichkeit unvereinbar sein. ⁸⁾ Für den Entzug der Rundfunk- und Fernsehkompetenz ist damit unmittelbar nichts gesagt,

1) Bleibaum, S. 62

2) Bleibaum, S.133 f (138)

3) Harbich, Vorwort

4) Schmidt, AöR 87, 253 ff (281)

5) Harbich, S.152

6) Harbich, S.125

7) Harbich, S.127

8) Harbich, S.129

obwohl sie zum kulturellen Bereich zählt. Es bleibt vielmehr ganz der politischen Überzeugung überlassen, ob dadurch das selbständige Handlungs- und Entscheidungsrecht der Länder verletzt oder nur unwesentlich beeinträchtigt ist.

Der Begriff des politisch funktionsfähigen Bundesstaates mag sicherlich im Einzelfall zutreffende Entscheidungen hervorbringen können, aber als Rechtsbegriff, der nicht nur vom Richter konkretisiert, sondern auch die Entscheidung vorhersehbar machen soll, ist er mit diesem Inhalt unbrauchbar. Gerade bei einer Norm, welche die unantastbaren Grundentscheidungen garantieren soll, ist ein Auffüllen mit Begriffen, die einen großen Spielraum zulassen, besonders bedenklich. Zwar mag die Erweiterung mit den besten Absichten vorgenommen worden sein, dennoch dehnt sie den unantastbaren Kernbestand in gefährlicher Weise aus ¹⁾ und weicht die ohnehin nur schwer erfaßbaren Begriffe des Art. 79, III weiter auf. Das Verfassungsminimum wird dadurch ganz der politischen Opportunität überantwortet.

1) siehe dazu oben S. 31.

II "Wesenskern" der Landesstaatlichkeit

Auf der Suche nach einem brauchbaren Instrument, den Wesenskern der Landesstaatlichkeit herauszuschälen, fällt der Blick auf Art. 19,II. Durch ihn wird der Wesensgehalt der einzelnen Grundrechte gegenüber staatlichen Eingriffen von unterverfassungsrechtlichem Rang geschützt.

1. Analoge Anwendung des Art. 19,II

Es muß geprüft werden, ob diese Vorschrift und die dazu entwickelten Lehren auch für Art. 79,III bedeutsam sein können.

a) Bedenken gegen eine Übertragung der zu Art. 19,II entwickelten Grundsätze auf Art. 79,III ergeben sich zuerst aus ihrem unterschiedlichen Standort innerhalb der Verfassung. Art. 19,II begrenzt die Staatsgewalt allgemein gegenüber dem Bürger, während sich unsere Untersuchung auf das innerstaatlich-organisatorische Verhältnis Bund-Land bezieht.

Der noch von C.Schmitt ¹⁾ gemachte grundsätzliche Unterschied zwischen Grundrechtsbestimmungen als Individualschutz und staatlichen Organisationsbestimmungen ist heute überholt. Schon G.Jellinek ²⁾ hat mit der Übertragung seiner Status-Lehre aus dem Bürger-Staat-Verhältnis auf die Beziehungen zwischen Bund und Land die Grundlage für eine einheitliche Verfassungsinterpretation gelegt. Der materiale Gehalt der Status-Lehre wird für den demokratischen Rechtsstaat und insbesondere unter dem GG zu Recht abgelehnt, ³⁾ dennoch ist die Lehre für uns unter dem Gesichtspunkt der Vergleichbarkeit der Verhältnisse von Staat-Bürger und Bund-Land weiterhin bedeutsam. Sobald man sich bewußt ist, daß im GG sowohl ein engster Rechtsbereich des einzelnen, als auch des Landes durch Art. 79,III unveränderlich garantiert ist, darf mit der inhaltlich

1) C.Schmitt, HdbDStR II, S.579 f.

2) G.Jellinek, System S.294 f.

3) Hesse, Grundzüge, S.112.

so gewandelten Status-Lehre weiterhin argumentiert werden. ¹⁾

Unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Verfassung ²⁾ ist deshalb gegen eine Interpretationshilfe durch Art. 19,II im Bereich des Art. 79,III nichts einzuwenden.

b) Doch könnten die verschiedenen Stufen, auf denen sich die Regelungen abspielen, eine Analogie verbieten. Art. 19,II schützt nur vor Eingriffen in den Grundrechtsbereich durch den einfachen Gesetzgeber, während Art. 79,III den Verfassungsgesetzgeber binden soll.

Diesem Unterschied steht aber eine funktionale Gleichheit gegenüber.

Die Grundrechte sind Ausdruck einer Überzeugung, die dem Menschen auch gegenüber der Gemeinschaft einen rechtlichen Eigenwert zuerkennt (Art. 1,I i.V.m.Art. 79,III B). Art. 19,II soll alle staatlichen Organe unterhalb des Verfassungsgesetzgebers daran hindern, durch generelle Normen oder Einzelakte diese Schutzvorschriften zu beseitigen oder in ihrem Wesensgehalt anzutasten. Das gleiche soll Art. 79,III A bezüglich der Länderstaatlichkeit gegenüber der Kompetenz-Kompetenz

-
- 1) Wegen seiner grundlegenden Bedeutung auch für die nachfolgende Argumentation, sollen wenigstens die Parallelen kurz aufgezeigt werden.
Nach G.Jellinek, System S.76 fassen sich die gesamten Beziehungen des Staatsbürgers zu seinem Staat unter 4 Gesichtspunkten zusammenfassen, den "status"
1. status passivus (subjectionis): Pflichten und Lasten des Bürgers gegenüber dem Staat (S. 86), für Länder etwa Art. 31,37,81 (§.295).
2. status negativus (libertatis): Staat und Bürger sind völlig getrennt, es besteht ein Freiheitsbereich für jeden. Für die Länder ergibt sich das aus ihrem Staatscharakter, die Art. 20,30,83,70 sind nur Ausprägungen dieses Freiheitsbereiches. (283 f)
3. status positivus: er gewährt Leistungsansprüche des Bürgers gegenüber dem Staat (S.87). Für die Länder lassen sich die Art. 106,V; 106,IV Nr.2; 108,III,1 u.a. anführen. (284 f)
4. status aktivus: er gewährt dem einzelnen Rechte auf Teilnahme an der staatlichen Macht (S.87). Für die Länder ergibt sich das aus Art. 50 f. (287 f).
- 2) Hesse, Grundzüge S.18.

des Bundes erreichen. Auch eine Gleichheit der Interessenlage läßt sich nach dem vorangegangenen leicht aufzeigen. Es ist der Schutz einer als vorstaatlich anerkannten Rechtssphäre mit Eigenwert gegenüber einer Macht, die die Möglichkeit des Eingriffs und damit der Aushöhlung oder Vernichtung hat.

Ausdrücklich weist Hamann ¹⁾ auf eine mögliche analoge Anwendung des "Wesensgehaltsbegriffes" auf die Grundzüge im Art. 79,III hin. Dem ist zuzustimmen.

2. Wesensgehalt im Sinne des Art. 19,II

a) Aber auch der Begriff des Wesensgehaltes i.S. des Art. 19,II ist umstritten. Die vielfach nuancierten Auffassungen lassen sich im wesentlichen unter drei Gesichtspunkten einordnen.

Eine "relative" Wesensgehaltstheorie, wonach Art. 19,II unverhältnismäßige Begrenzungen verbietet, wird insbesondere vom BGH vertreten. ²⁾

Einer "absoluten" Theorie folgen das BVerwG und das BVerfG. ³⁾ Art. 19,II soll nur einen absoluten Wesenskern gegen gesetzgeberische Eingriffe schützen. Dabei kann noch eine mehr objektbezogene Schrankenbestimmung des BVerwG gegenüber einer subjektbezogenen vom BVerfG unterschieden werden. ⁴⁾

1) Hamann, DVBl 58,405 f (409); derselbe Komm.S.40; Diese Analogie hat sich auch bei Art. 28 durchgesetzt BVerwG DVBl 58,278 f. m.w.N.

2) BGHSt 4,375 (376 f); 4,385 (392); DÖV 55,729 f DÖV 56,729 f (730); weitere Nachweise bei Lerche, S.34 Anm. 21 und Häberle, S.1. BGH DVBl 53,371; BGHZ 6,270.

3) BVerfG 6,32 (41); 7,377 (411); 16,194 (201); vM-K S.561 f.

4) siehe dazu Denninger, DÖV 60,812 f (814).

Schließlich gibt es noch eine Reihe vermittelnder Auffassungen, ¹⁾ die in Art. 19, II sowohl eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, als auch die konstitutive Schranke für Eingriffe in den Wesensgehalt erblicken.

Sehr einleuchtend definiert Denninger ²⁾ unter Berücksichtigung der Rechtsprechung: Der Wesensgehalt soll absolut gedacht werden gegenüber einer ausdrücklichen vollständigen Beseitigung oder einer mittelbaren Auslöschung durch den Gesetzgeber. Der Wesensgehalt soll nur relativ bestandskräftig gegenüber den in der Gesellschaft herrschenden, geschichtlichen und politischen Wertvorstellungen sein.

b) Für den Wesenskern der Landesstaatlichkeit ergibt sich daraus Folgendes: Bestimmte materiale Grundlagen, die den Wesensgehalt des Rechtsinstitutes Staat bilden, sind für den verfassungsändernden Gesetzgeber unantastbar. Machtlos ist allerdings auch eine Sperrnorm gegen Wandlungen im historisch bedingten Inhalt der Staatsgewalt.

Zum heutigen Staatsbegriff gehören einmal die formellen Kompetenzen. ³⁾ Gerade wegen ihres formalen Charakters werden sie einen von den sich wandelnden Wertvorstellungen nahezu unabänderbaren Teil des Wesenskerns darstellen.

Anders sieht es mit den materialen Kompetenzen aus. Da es keine "geborenen" Landesaufgaben gibt, ist es im Laufe der geschichtlichen Entwicklung vorstellbar, daß die Gebiete wechseln, in denen ihr hauptsächliches Betätigungsfeld gesehen wird. Heute stellt allerdings der

1) Bachof, JZ 58, 468 f; derselbe, Grundrechte III, 1 S. 215; Denninger, DÖV 60, 812 f; Dürig, AöR 81, 136 f (156); Hamel, DVBl 58, 37 f; Krüger, DÖV 55, 602; Lerche, S. 79 f; Maunz, § 16, I, 2 S. 128; Gegen eine konstitutive Schranke des Art. 19, II gegenüber Eingriffen ausdrücklich Häberle, S. 234 f, der nur der institutionellen Komponente konstitutive Bedeutung zubilligt.

2) Denninger, DÖV 60, 812 f (814)

3) G. Jellinek, S. 485.

kulturelle Bereich den Kern der landesstaatlichen Aufgaben dar. ¹⁾

Der dem Wandel unterworfenen Wesensgehalt der Landesstaatlichkeit besteht weiterhin aus der föderalistischen Idee der Vielfalt der Initiativen. ²⁾ Danach wäre es unzulässig, den Ländern nur noch einen Sachbereich zu überlassen, in dem verständigerweise keine Initiativen und unterschiedliche Regelungsmöglichkeiten bestehen. Hier handelt es sich um eine Wertentscheidung, die deshalb erst dann vorzunehmen ist, wenn die anderen Verfahren nicht zum Ziel geführt haben.

Als weiterer Bestandteil des landesstaatlichen Wesenskerns ist das grundgesetzliche "Mischsystem", also der Vorrang des Bundes bei der Gesetzgebung (Art.73 ff) und das Schwergewicht der Länder bei der Verwaltung (Art.83) angesehen worden. ³⁾ Hesse ⁴⁾ ist sogar in einer scharfsinnigen Analyse des heutigen bundesstaatlichen Gefüges noch weiter gegangen. Aus dem Verlust föderaler Elemente hat er auf eine gewaltenteilende Funktion des "unitarischen" Bundesstaates geschlossen und dadurch versucht, dem Bundesstaat eine neue Bestimmung zu geben.

Da Gewaltenteilung und Föderalismus im ursprünglichen Sinne miteinander nichts zu tun haben, sondern in der Tendenz geradezu verschieden sind, ⁵⁾ müssen gegen diese Theorie grundsätzliche Bedenken erhoben werden.

Nur wenn der soziale Grundtatbestand, welcher einer Norm ursprünglich zugrunde lag, durch einen neuen, bisher nicht rechtlich erfaßten Konflikt ersetzt worden ist und die ursprüngliche Rechtsfolge auch für den gewandelten Inhalt gewollt und angemessen erscheint, ist

1) Harbich, S.129; Kowno, DÖV 66,371; M-D Art.30 Rdnr. 5; BVerfG 6,346/347.

2) Lerche, VVDStRL 21,80; ebenso Krüger, VVDStRL 19,158; Scheuner, DÖV 62,641 f.

3) Bleibaum, S.62.

4) Hesse, Bundesstaat, S.12 f. Allerdings äußert sich Hesse neuerdings (Grundzüge S.85 f insbesondere S. 92 Anm.16) wesentlich zurückhaltender zur Uminterpretation des Bundesstaates als komplementärer Form der Gewaltenteilung. Zur Frage der Grenzen der Kompetenz-Kompetenz sagt er nur, daß die "bundesstaatliche Ordnung" unantastbar sei (S.265).

5) Lerche, VVDStRL 21,81.

ein Austausch von Begriffselementen zulässig.

Der Föderalismus und als dessen organisationsrechtliche Ausprägung der Bundesstaat hat auch heute noch eine bedeutsame Funktion zu erfüllen. Der Pluralismus der Initiativen und Entscheidungszentren verhindert Verwaltungshypertrophien, führt zu Staatsräson und unmittelbarer Machtkonfrontation gegenüber dem Bürger. ¹⁾

Es ist daher unzulässig, die föderalistischen Gedanken durch eine modifizierte Gewaltenteilung zu ersetzen.

Aber auch aus Art. 79,III direkt läßt sich die Auffassung von Hesse und Bleibaum widerlegen.

Soweit in dem Hesséschen Begriff die normale Gewaltenteilung angesprochen wird, ist sie schon als Bestandteil der Grundzüge des Art. 20 im Art. 79,III geschützt. Es würde deshalb durch die Interpretation die ausdrückliche Wertentscheidung des Verfassungsgebers unzulässig eingeschränkt.

Soweit darunter die auch von Bleibaum vertretene Verzahnung der staatlichen Funktionen zum Wesenskern erhoben wird, liegt darin eine unzulässige Erweiterung des Art. 79,III. Wie oben erwähnt (S.67 f), ist die ursprünglich vorgesehene Garantie der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder gestrichen worden, so daß nach richtiger Auffassung auch ein streng vertikal gegliederter Bundesstaat nach amerikanischem Vorbild mit dem Art. 79,III vereinbar wäre. ²⁾

Die Gewaltenteilung in jeder Form kann daher nicht als materialer Inhalt des landesstaatlichen Wesenskerns angesehen werden.

1) Lerche, VVDStRL 21,81.

2) Die Beseitigung der landeseigenen Ausführung von Bundesgesetzen (Art. 83) halten für zulässig Harbich, S.126; Laux, S.109.

3. Anwendung der Erkenntnisse

Nach diesen Erkenntnissen ließe sich der Entzug der Rundfunk- und Fernsehkompetenz folgendermaßen beurteilen: Die Kompetenz gehört als Ausfluß der kulturellen Zuständigkeit zu dem Bereich, in dem sich die Länder noch als Staaten manifestieren können. Hier besteht für sie die Möglichkeit und das Bedürfnis, alle staatlichen Befugnisse zur Regelung heranzuziehen, was gerade die Rundfunk- und Fernsehverträge zwischen den Ländern beweisen.

Wird durch den Entzug der Rundfunk- und Fernsehkompetenzen der Bereich so eingeschränkt, daß er den Kernbereich der Staatlichkeit antastet? Im gegenwärtigen Zeitpunkt wird das nicht der Fall sein, da die kulturellen Zuständigkeiten der Länder auch ohne diese Kompetenz noch so umfassend sind, daß sie alle staatlichen Befugnisse einsetzen müssen, um sie wirksam regeln zu können. Man denke nur an den Schul- und Kirchenbereich. Darüberhinaus haben die Länder durch die Gründung unabhängiger Anstalten sich ohnehin weitgehend ihres Einfluß- und Gestaltungsrechtes begeben, so daß der Verlust an staatlicher Betätigungsmöglichkeit sehr gering ist.

Der Entzug der Rundfunk- und Fernsehkompetenz würde den Staatscharakter der Länder, so wie ihn das GG versteht, nicht beeinträchtigen und daher auch nicht gegen Art. 79, III verstoßen.

III. Anwendbarkeit des Übermaßverbotes beim Kompetenzzentzug

Die vorangegangene Untersuchung konnte nicht voll befriedigen, da der Wesenskern der Staatlichkeit allgemein und bei der Prüfung im Einzelfall zu schnell einen Rekurs auf Werturteile verlangte. Es ist daher zu prüfen, ob nicht das Rechtsinstitut des Übermaßverbotes ¹⁾ als Kompetenzausübungsschranke auch den verfassungsändernden Gesetzgeber bindet. Wenn alle Eingriffe der Kompetenz-Kompetenz in den staatlichen Bereich der Länder anhand des Übermaßverbotes überprüft werden könnten, würde es in den meisten Fällen überflüssig sein, auf den sehr vagen Begriff des Wesenskernes zurückzugehen; denn solange kein Verstoß gegen das Übermaßverbot feststellbar wäre, würde auch in der Regel der Wesenskern der Landesstaatlichkeit nicht verletzt sein. Auf diese Weise könnte das Übermaßverbot als Begrenzung der Kompetenz-Kompetenz weitgehend die Funktion des Art. 79, III A übernehmen.

1. Nachweis des Übermaßverbotes im Verfassungsrecht

Das Übermaßverbot ist seit langem im Verwaltungsrecht und insbesondere im Polizeirecht anerkannt. ²⁾ Dort hat es. u.a. die Aufgabe, das staatliche Eingriffssermessen in zweckmäßiger Weise zu begrenzen.

1) Unter Übermaßverbot (ÜV) soll im Folgenden mit Lerche der Oberbegriff für die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit angesehen werden (S.21). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besagt in diesem Zusammenhang, daß ein bestimmtes Mittel gegenüber dem zu erreichenden Zweck nicht unverhältnismäßig sein darf. Der Grundsatz der Erforderlichkeit besagt, daß unter mehreren zur Zweckerreichung geeigneten Mitteln nur dasjenige mit dem am wenigsten belastenden Inhalt zulässig ist. (Lerche, Übermaßverbot, S.19).

2) siehe dazu allgemein Lerche, S.24 f m.w.N.; Bachof, Verfassungsrecht S.284; Wolff, I §30, II, 3 S.142 und § 50, II, e S.292; OVG Münster OVG 16,1; VG Rh-Pf WB1 53,78; FGH Stuttgart VerwRspr. 6,570; BVerwG VPl 61,243; Drews-Wacke § 15,5 f; Nachweise für den Niederschlag des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in den neueren Polizeigesetzen bei Drews-Wacke § 10,7.

Innerhalb der Lehre hat sich nur K. Peters ¹⁾ gegen ein verfassungsrechtliches Übermaßverbot ausgesprochen. Demgegenüber hat die absolut herrschende Lehre und die Rechtsprechung das Prinzip anerkannt. ²⁾ Richtigerweise muß heute sogar das Übermaßverbot im Verfassungsrecht lokalisiert und dessen Geltung in anderen Rechtsgebieten nur als Auswirkung verfassungsrechtlicher Einflüsse angesehen werden. ³⁾

a) Über den Standort des ÜV innerhalb des GG ist man sich allerdings nicht einig.

Es können hier nicht alle Argumente behandelt werden. Nur beispielhaft sollen die wesentlichen Gedanken zu einigen Theorien wiedergegeben werden, wobei wir uns eng an die auch heute noch unübertroffene Untersuchung von Lerche zu diesem Problem anlehnen. ⁴⁾

Die Begründungsversuche aus einzelnen Artikeln des Grundgesetzes sind von Lerche überzeugend zurückgewiesen worden. ⁵⁾ Es erübrigt sich, auf diesen Theorien einzugehen, da aus ihnen jedenfalls keine Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers hergeleitet werden kann.

aa) Dürig ⁶⁾ hat versucht, das ÜV aus dem Prinzip der Menschenwürde (Art. 1, I, 1) abzuleiten. Unter Menschenwürde versteht Dürig das Gebot, den Menschen niemals als Mittel zum Zweck zu gebrauchen. Nur das Gemeinwohl sei als Zweck gerechtfertigt, da es für den einzelnen auch Selbstzweck sei. Darüber hinausgehende Eingriffe machten den Menschen zum Objekt staatlicher Macht.

1) Peters, AöR 83, 481; derselbe: Verfassungsmäßigkeit, S. 12 f, 26 f; Unentschieden auch Bachof JZ 57, 341. Bei Art. 14, III legt er den Erforderlichkeitsgedanken aber schon in den Wortlaut der Norm; derselbe in Grundrechte III, 1 S. 189.

2) Umfangreiche Nachweise aus Schrifttum und Rechtsprechung siehe bei Lerche, S. 251.

3) M-D Art. 20 Rdnr. 116; den gleichen Gedanken äußert Lerche, S. 29 Anm. 1 und S. 86; und für die Rechtsprechung Bachof, Verfassungsrecht S. 79.

4) Lerche, insbesondere S. 29-46 und S. 253-257.

5) Lerche, S. 29-39 zu den Art. 2, I; 3, I; 12, I; 19, II.

6) Dürig, AöR 81, 117 f.

Weil durch diese Definition jede staatliche Äußerung auf die Würde des Menschen bezogen werden könnte, ist diese Ableitung zu allgemein. Art. 1 kann nicht zur Ermächtigung für polizeiliche Eingriffe oder Gesetzesbeschlüsse werden. Ein allgemeines und vorstaatliches Prinzip der Menschenwürde würde sonst alle anderen Normierungen überflüssig machen. ¹⁾

Unzweckmäßig ist auch, daß Dürig nur für die staatlichen "Reaktionen" auf Störungen jeglicher Art das ÜV uneingeschränkt gelten lassen will, während die anderen Konflikte weiterhin der gesetzgeberischen Freiheit, der "sozialgestaltenden Aktion" überlassen bleiben.

Die folgende Untersuchung wird zeigen, daß weitergehende Differenzierungen möglich sind und dadurch auch annehmbare Ergebnisse erzielt werden können. ³⁾

bb) Ähnlich unbefriedigend ist es, mit Forsthoff ⁴⁾ nur zwischen allgemeinen Gesetzen und Maßnahmegesetzen zu unterscheiden und nur für diese das ÜV anzuerkennen. Richtig ist zwar, daß durch die Flut spezialgesetzlicher Regelungen die ursprüngliche Distanz von abstrakt-generellen Regelungen zu VAen geschwunden ist, und damit diese Gesetze den verwaltungsrechtlichen Grundsätzen (z.B. Ermessensbindungen) zugänglich geworden sind. ⁵⁾ Aber schon über den Begriff des Maßnahmegesetzes ist die Literatur hoffnungslos zerstritten, ⁶⁾ so daß es sich nicht empfiehlt, an diesen Unterschied Rechtsfolgen zu knüpfen.

1) Lerche, S.40.

2) Dürig, AöR 81,147

3) Lerche, S.255 f (257)

4) Forsthoff, Gedächtnisschrift für W.Jellinek 221 ff (234 f).

5) Forsthoff, Gedächtnisschrift für W.Jellinek S.223 und 234; siehe dazu auch Lerche, S.46 ff.

6) siehe dazu M-D Art. 20 Rdnr. 99-107 mit umfangreichen Nachweisen. Maunz unterscheidet dabei im wesentlichen zwei Meinungen, die eine stellt auf die Zielrichtung ab (siehe Rdnr.100), die andere auf den Inhalt (102 f) wobei die Autoren noch Einzelpersonengesetze, Einzelfallgesetze, Einzelaktgesetze und Zeitgesetze unterscheiden. Maunz selbst geht pragmatisch vor (Rdnr. 108 f)!

Darüberhinaus erscheint der Rechtsstaatsbegriff in seiner allgemein vertretenen Ausprägung nicht in der Lage, das ÜV in sich aufzunehmen. Denn die Anwendung des ÜV führt zur Individualisierung, Isolierung und Maßgerechtigkeit, zu Gesichtspunkten also, die den herkömmlichen rechtsstaatlichen Grundsätzen der Vorhersehbarkeit, Gleichheit und Allgemeinheit gerade entgegengesetzt sind. ¹⁾ Deswegen ist es ein Kurzschluß, das ÜV im Verfassungsrecht mit dem Einbruch verwaltungsrechtlicher Funktionen im Gesetzgebungsverfahren erklären zu wollen. In Wahrheit sind die verwaltungsrechtlichen Anklänge bei der Gesetzgebung nur das Ergebnis der Anwendung des verfassungsrechtlichen ÜV. ²⁾

cc) Auch das BVerfG ³⁾ hat den Grundsatz des ÜV in ständiger Rechtsprechung anerkannt. Es sieht dabei das Verhältnismäßigkeitsprinzip als allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatz an, während es die Erforderlichkeit in einer abgeschwächten Geltungsintensität direkt aus der Gesamtauffassung des GG ableitet. ⁴⁾

Diese Ableitung ist zu pauschal, als daß sie das unkontrollierte Eindringen vorgefaßter Meinungen verhindern könnte. ⁵⁾ Allerdings stimmen die Ergebnisse mit denen von Lerche weitgehend überein, wenn auch der abgestufte Erforderlichkeitsgrundsatz nicht zwingend aus der Argumentation des BVerfG hervorgeht. ⁶⁾

1) Lerche, S.50 f (52).

2) Lerche, S.51.

3) BVerfG NJW 63,1598; NJW 66,243 und 1651.

4) Da das BVerfG aber auch das Rechtsstaatsprinzip zu den Leitideen des GG rechnet, die sich aus Art.1,1,1, 19,IV; 20,III und 28,1,1 sowie aus der Gesamtkonzeption des GG ergeben, ist auch für das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine Begründung aus dem Gesamtzusammenhang möglich.

5) Lerche, S.53; auch Jesch, S.66 hat sich gegen eine Ableitung von allgemeinen Rechtsprinzipien allein aus den "Begriffshülsen" des Rechtsstaatsprinzips oder der Gewaltenteilung ausgesprochen. Das ÜV kann nur aus dem systematischen Zusammenhang der Verfassungsordnung und der gesamten Rechtsordnung erschlossen werden.

6) Lerche, S.254.

b) Lerche geht dagegen von einem gewandelten soziologischen Grundtatbestand aus.¹⁾ Das Gesetz habe heute nicht mehr allein die Funktion, die Freiheitssphäre der Bürger abzusichern, sondern stelle auch ein Regulativ der Sozialabläufe dar. Weiterhin werde zunehmend das allgemeine Gewaltverhältnis zugunsten von eigenständig normierten speziellen Statusverhältnissen abgebaut. Zugleich bleibe aber der Wunsch nach allgemeiner Regelungen herkömmlicher Prägung aufrechterhalten. Die Aufgabe einer sinngewendeten Rechtsstaatsklausel sieht Lerche in dem Ausgleich zwischen der individualisierenden Tendenz des ÜV und der Forderung nach umfassend allgemeinen Normen.²⁾

aa) Dazu bedarf es aber eines Nachweises der Grundsätze des ÜV im GG. Zu diesem Zweck analysiert Lerche die Verfassungsstruktur des GG und er stellt fünf eigenständige Wirkungskreise fest.³⁾ In dem Normenkomplex der "dirigierenden" Verfassungsschicht werden die Grundsätze besonders deutlich, denn dort wird der Gesetzgeber verpflichtet, bestimmte "sachgebundene Ordnungen" kontinuierlich aufrechtzuerhalten und gegenüber einer ständigen Gefährdung durch gesetzliche Übergriffe zu schützen.⁴⁾ Durch diese Dauerverpflichtung - Lerche spricht von "Vollzug" im Gegensatz zur Erfüllung oder Einhaltung von Verfassungsaufträgen⁵⁾ -

1) Lerche, S.56 f (60)

2) Lerche, S.60

3) Lerche, S.61 f unterscheidet elementare Verfassungsrichtpunkte (Sozialstaat), eine institutionelle Verfassungsschicht (Grundrechte und Zuständigkeitsordnung), global ermächtigende Verfassungsinhalte (Art. 131, Notrechtsklauseln und Sozialstaatsklausel) situationsbedingte Verfassungsgehalte und die dirigierende Verfassungsschicht.

4) Lerche, S.65. Dabei erkennt Lerche, daß es sich bei dieser Normengruppe um das Resultat des gewandelten Gesetzescharakters ("Maßnahmegesetze") handelt. Nicht nur Eigentum und Freiheit müssen verfassungsrechtlich geschützt werden, sondern auch die Art und Weise der Beeinträchtigung.

5) Lerche, S.66

wandelt sich die souveräne Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zu einer spezifischen Form des Ermessens.¹⁾

Damit sind die wesentlichen Voraussetzungen für die Anwendung der Grundsätze des ÜV, das Bestehen eines vorgegebenen Rechtsbereiches und eine Eingriffsbefugnis im GG nachgewiesen.²⁾

Es handelt sich nicht um eine plumpe Analogie zum Verwaltungsrecht, sondern um den Nachweis eines allgemeinen Rechtsprinzips, das in den einzelnen Rechtsgebieten durchaus variieren kann. Auf diese Weise bleibt der qualitative Unterschied zwischen Verwaltungsermessen und gesetzgeberischem Ermessen gewahrt.³⁾

bb) Entscheidend für die Praktikabilität des ÜV ist die Erkenntnis von Lerche, daß die Grundsätze je nach der Zielrichtung des Eingriffs in unterschiedlichem Ausmaß gelten. Aus den verschiedenartigen Grundrechtsbegrenzungen gelingt es ihm, fünf Eingriffsmotivationen zu zeigen, die von den Grundsätzen des ÜV verschieden stark beeinflusst werden: 4) 5) Normen, die mißbräuchliche Rechtsausübung verhindern sollen, sind uneingeschränkt an das ÜV gebunden. 6) Bei eingreifenden Normen

1) Lerche, S.65

2) Lerche erkennt in der Verfassung neben dem ÜV (S.77) noch den Bestimmtheitsgrundsatz (S.73 f) und den Ge-eignetheitsgrundsatz (S.76 f).

Ihre Zusammenfassung unter einen gemeinsamen Oberbegriff der "dirigierenden" Verfassungsschicht rechtfertigt Lerche mit dem ihnen gemeinsamen rein formalen Charakter (S.81), ihrer gemeinsamen Aufgabe der gesetzgeberischen "Ermessensbindung" (S.81) und einer gewissen Dreistufigkeit ihrer Konkretisierung innerhalb der Verfassung (S.67 f, 76 f, 82). Dennoch haben alle diese Grundsätze eine eigene Funktion wegen ihrer unterschiedlichen Zielrichtung (S.84 f).

3) Lerche, S.86

4) Lerche, S.98 ff und 134 ff.

5) Die abgestufte Geltungsintensität und die Ausweitung des Eingriffsbegriffes unterscheiden das verfassungsrechtliche ÜV von dessen Ausprägungen in anderen Rechtsbereichen.

6) Lerche, S.117 f und 134 f (z.B. Art. 18).

gilt das ÜV grundsätzlich. ¹⁾ Normen, die einen zur Gestaltung überlassenen Raum prägen wollen, sind in der Regel an das ÜV gebunden. ²⁾ Normen, die einen Konkurrenzkonflikt lösen wollen, sind nur bis zu einem gewissen Grade den Grundsätzen zugänglich. ³⁾ Auf lediglich verdeutlichende Normen findet das ÜV niemals Anwendung. ⁴⁾

cc) Lerche hat den Standort und die Geltung des ÜV im GG hauptsächlich durch Untersuchungen im Grundrechtsbereich nachgewiesen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß alleine der Grundrechtskatalog genügend eng normiert und von Literatur und Rechtsprechung gründlich genug behandelt worden ist, um eine so differenzierte Analyse vorzunehmen. Aber Lerche beschränkt seine Ergebnisse nicht auf das Verhältnis Staat-Bürger, sondern erkennt die Wirksamkeit des ÜV auch im bundesstaatlichen Verhältnis an, ohne allerdings darauf ausführlich einzugehen. ⁵⁾ Angesichts der wesentlichen Gleichheit der Verhältnisse Staat-Bürger und Bund-Land ⁶⁾ kann an der Berechtigung einer solchen Übertragung nicht gezweifelt werden.

Ebenso wie die Menschenwürde (Art. 1,I) ist auch die Staatlichkeit der Länder vom Bund nicht geschaffen sondern vorausgesetzt ⁷⁾ und wird durch Art. 20 und Art. 79,III A garantiert. In diesen Bereich rechtlichen Eigenwertes kann der Verfassungsgesetzgeber mittels seiner Kompetenz zur Grundgesetzänderung eingreifen, indem er Landeskompetenzen entzieht (Art.79, I u.II).

1) Lerche, S.106 und 137 f (z.B. Art. 2,II,3; 8,II; 11,II, 14,III).

2) Lerche, S. 107 f und 140 f (z.B. Art. 14,I,2)

3) Lerche, S.125 f und 151 f (z.B. Art. 12,II,2 zu Art. 4,III und Art. 12,II,1).

4) Lerche, S.106 und 153 f (z.B. Legaldefinitionen von "Freiheit der Wissenschaft" oder "Sozialbindung des Eigentums").

5) Lerche, S.158 f

6) siehe § 4,II,1b) S.86.

7) BVerfG 1,14 f (34); und ständige Rechtsprechung.

Auch die weitere Gültigkeitsvoraussetzung des ÜV, die abgestufte Geltungsintensität, läßt sich im Bund-Länder-Verhältnis nachweisen. Je nach der Zielrichtung können sich Grundgesetzänderungen als "mißbrauchswehrende" Normen (z.B. Art. 37), "staatsprägende" Normen (z.B. Kompetenzverschiebungen in Randgebieten), "eingreifende" Normen (z.B. Kompetenzentziehungen in staatstragenden Bereichen), "konkurrenzlösende" Normen (z.B. Dotationsauflagen - Ländergemeinschaftsaufgaben) und "verdeutlichende" Normen (² Wehrverfassung) darstellen.

2. Bindung des Verfassungsgesetzgebers

a) Ist das ÜV als Bindung des Gesetzgebers anerkannt, so wollen doch einige Autoren den verfassungsändernden Gesetzgeber davon freistellen. Ihre Auffassung scheint aber weniger durch logisch überzeugende Argumente bestimmt zu sein, als vielmehr durch die unannehmbaren Ergebnisse, die aus einem zu weit gefaßten ÜV folgen.

So erkennt Hamann die bindende Kraft des ÜV ohne jegliche Einschränkung für den einfachen Gesetzgeber an.¹⁾ Diese weitreichende Geltung würde im Bereich der Verfassungsänderung praktisch die gegenwärtige Kompetenzverteilung zementieren und politische Pläne sowie notwendige Angleichungen lahm legen. Diesem unannehmbaren Ergebnis entgeht Hamann, weil er die formellen und materiellen Voraussetzungen einer Verfassungsänderung in Art. 79 für abschließend geregelt hält.²⁾

Diese Begründung ist nicht schlüssig; denn die h.M. lokalisiert die Grundsätze des ÜV über Art. 20 auch in Art. 79, III. Dazu hat Hamann aber gar nicht Stellung genommen.

1) Hamann, Komm. S.43 f.

2) Hamann, Komm. S.348.

Auch Harbich lehnt unter Berufung auf Hamann die Geltung des ÜV für den Verfassungsgesetzgeber ab. ¹⁾ Er begründet seinen Standpunkt mit der Höherrangigkeit des Verfassungsrechtes und der mangelnden Übereinstimmung von Rechtsstaat und Föderalismus.

Harbich sieht also einen qualitativen Unterschied zwischen Gesetzgebung und Verfassungsänderung, ²⁾ der die Übertragung des ÜV verhindere. Ohne die unterschiedlichen Auswirkungen, die sich aus dem hierarchischen Aufbau der Normen ergeben abschwächen zu wollen, muß doch eines klargestellt werden: Der Verfassungsgesetzgeber ist ebenso wie der einfache Gesetzgeber an die Verfassung gebunden. Beide sind nur "Organe" des einzig ungebundenen pouvoir constituant. Nur kann der verfassungsändernde Gesetzgeber in einem erschwerten Verfahren (Art. 79,I und II) Dinge abändern, die dann gegenüber dem einfachen Gesetzgeber bestandskräftig sind. ⁴⁾ Dadurch läßt sich nicht automatisch auf eine Unverbindlichkeit des ÜV schließen, wenn im übrigen die Voraussetzungen vorliegen.

Harbich stellt auf dieses Argument auch nicht entscheidend ab, da er wohl im Grundrechtsbereich die Geltung des ÜV anerkennen will. ⁵⁾ Deshalb beruft er sich auf die Beziehungslosigkeit von Rechtsstaat und Föderalismus. Das ÜV als Ausprägung rechtsstaatlicher Grundsätze könne nicht in den föderativen Bereich übertragen werden. ⁶⁾

1) Harbich, S.116f(118 Anm. 48. Er spricht zwar ausdrücklich nur vom Erforderlichkeitsgrundsatz, aber seine Hinweise auf Lerche zeigen, daß er darunter das ÜV in seiner Zusammensetzung aus Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit meint.

2) Harbich, S.116 und 105 Anm. 6

3) Carl Schmitt, S.98

4) M-D Art. 79 Rdnr. 22 Anm. 4 m.w.N.; vM, S.427; Nawlasky, Bundesstaat, S.121; aa Zeidler, DVbl 50, 599; BayVGh 4,136.

5) Harbich, S.116.

6) Harbich, S.116.

Harbich hat sich mit den Argumenten von Lerche wohl nicht gründlich genug befaßt, sonst wäre ihm aufgefallen, daß es sich bei dem UV um ein rein formales Institut handelt, das von den materiellen Komponenten des Rechtsstaates und des Föderalismus unabhängig ist.¹⁾ Sobald die Grundvoraussetzung: Möglichkeit des Eindringens in einen geschützten Rechtsbereich gegeben ist, ist das UV wenigstens im Prinzip anwendbar. Entscheidend für die Ablehnung scheint also auch für Harbich das unbefriedigende Ergebnis zu sein. Wenn Harbich nämlich eine Kompetenzzentziehung allein unter dem zweckbezogenen Grundsatz der Erforderlichkeit prüfen will,²⁾ d.h. welches Mittel tangiert am wenigsten die Staatseigenschaft, dann ist der Richter tatsächlich vor eine fast unlösbare Aufgabe gestellt. In diesem Fall wäre es besser, die Zuständigkeitsänderung mit Harbich³⁾ der Politik oder der bloßen Macht zu überlassen.

Harbich hat aber die zweite Komponente des UV, das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht berücksichtigt. Dadurch wird der Bund verpflichtet, seine Kompetenzhoheit den erstrebten Zielen entsprechend, d.h. nicht unangemessen einzusetzen. Diese Frage ist schon wesentlich einfacher zu entscheiden, wenn zusätzlich noch die Art der entzogenen Kompetenz und die Zielrichtung berücksichtigt werden.

1) Lerche, S.75,81.

2) Harbich, S.116/117.

3) Harbich, S.118.

b) Diese kritischen Überlegungen können allein noch nicht zu einer positiven Antwort auf die Frage nach der Bindung des Verfassungsgesetzgebers an das Übermaßverbot führen.

Im Schrifttum ist die Problematik bisher kaum behandelt worden. Wenn überhaupt, dann wird die Verbindlichkeit des Übermaßverbotes ohne nähere Begründung bejaht. ¹⁾ Dabei ist wohl die Erkenntnis entscheidend, daß auch hier die Grundvoraussetzungen für die Anwendbarkeit des Übermaßverbotes vorliegen: Eingriffskompetenz und geschützter Rechtsbereich.

Ebensowenig begründet ein pauschaler Hinweis auf das durch Art. 79,III geschützte Rechtsstaatsprinzip die Bindung des Verfassungsgesetzgebers. Da in Art. 20 nur einzelne rechtsstaatliche Grundsätze garantiert sind, müßte das Übermaßverbot schon unter einen dieser rechtsstaatlichen Grundsätze subsumiert werden, oder es müßte versucht werden, durch Auslegung des Art.20 den gesamten Rechtsstaatsbegriff zu schützen. ²⁾

Wohl aus Scheu vor einem leichtfertigen Urteil in dieser Richtung hat Lerche ³⁾ die Frage ausdrücklich offen gelassen. Immerhin läßt sich aus seiner Auffassung über die Ähnlichkeit der Tatbestände des Übermaßverbotes im Bund-Länder-Verhältnis mit denen der Bundes-treue ⁴⁾ schließen, daß auch Lerche den verfassungsändernden Gesetzgeber an das Übermaßverbot gebunden sieht. Das sollen die folgenden Überlegungen zeigen.

Ohne eine Garantie der Grundsätze des Übermaßverbotes durch Art. 79,III B ablehnen zu wollen, könnte sich ihr Schutz für das Bund-Länder-Verhältnis schon aus Art. 79,III A ergeben.

1) Kowno, DÖV 66,679; Köttgen, AfK 5,7

2) den letztgenannten Weg geht Bleibaum, S.105 f. Er sieht in der Garantie der wesentlichen Grundzüge des Rechtsstaates die Aufnahme des gesamten Prinzips in Art. 79,III (pars pro toto) S. 107.

3) Lerche, S.62 Anm. 137.

4) Lerche, S.158.

Bei dem Übermaßverbot handelt es sich um einen Verfassungsgrundsatz, ¹⁾ der dem Grundgesetz in seiner Gesamtheit zugrunde liegt. ²⁾ Diese, die Verfassung systematisierenden Grundsätze, sind weder in einem einzelnen Artikel faßbar, noch auch durch einen einzelnen Akt des Verfassungsgesetzgebers aufhebbar. ³⁾ Insofern sind die Grundsätze des Übermaßverbotes mit der Bundestreue vergleichbar. ⁴⁾ Die Bundestreue als Kompetenzausübungsschranke ⁵⁾ ist ein sich aus der bundesstaatlichen Verklammerung notwendig ergebendes Merkmal. ⁶⁾ Desgleichen können die Grundsätze des Übermaßverbotes als dem Verhältnis von Eingriffskompetenz und geschützter Rechtssphäre wesensimmanent angesehen werden. Ebenso wie in dem Schutz des bundesstaatlichen Grundtatbestandes in Art. 79, III A die Bundestreue mit enthalten ist, ergibt sich aus der Kompetenz-Kompetenz des Bundes und der "stabilen" Länderstaatlichkeit ⁷⁾ die Garantie der Grundsätze des

1) im Sinne von BVerfG NJW 53, 1137

2) siehe zu den ausdrücklichen Bekenntnissen zum Übermaßverbot im Grundgesetz Lerche, S. 78 f.

3) Ernst v. Hippel, HdbDStR Bd. II S. 558.

4) Ein prinzipieller Unterschied zwischen der Bundestreue und dem Übermaßverbot ist von Lerche allerdings nicht berücksichtigt. Der Unterschied liegt meines Erachtens in dem Gleichordnungsverhältnis bei Tatbeständen der Bundestreue (dazu Hamann S. 39; Kaiser, DÖV 61, 658; Krüger, Festgabe für E. Kaufmann S. 239 f, Bayer, S. 42;) während bei Tatbeständen des Übermaßverbotes eher ein Unterwerfungsverhältnis vorliegt. Diese Unterscheidung ist sinnvoll, da auch das BVerfG zwischen einer prinzipiellen Unterordnung (1, 15 f) und einer Gleichordnung bei durch das GG nicht erfaßten Bereichen (13, 77 f) unterscheidet.

5) so Bayer, S. 64 mit Nachweisen auf andere Ansichten im Schrifttum. Ebenso Kaiser, Z. ausl. öff. RVR 18, 544; Maunz, § 24, I, 4c) S. 191; Scheuner, DÖV 62, 646; Schröcker, Der Staat 5, 340; BVerfG 14, 197 f (215); 13, 54 L. S. 3.

6) so u. a. BVerfG 4, 140 f; 3, 57; Kaiser, Z. ausl. öff. RVR 18, (1958), S. 535 f (543); gegen die tragende Bedeutung der Bundestreue im heutigen Verfassungssystem wohl nur Hesse, Bundesstaat, S. 6 ff (10).

7) im Sinne einer institutionellen Garantie.

Übermaßverbotes im Bereich des Bund-Länder-Verhältnisses. ¹⁾ Deshalb muß über die vielfältigen Anklänge in anderen Artikeln des Grundgesetzes hinaus, das Übermaßverbot auch als der heutigen bundesstaatlichen Grundordnung immanent und damit durch Art. 79, III A geschützt angesehen werden.

3. Anwendung des Übermaßverbotes beim Kompetenzentzug

Es soll nunmehr nach den oben herausgearbeiteten Grundsätzen die Entziehung der Rundfunk- und Fernsehkompetenz beurteilt werden.

a) Ausgangspunkt war der vollständige Entzug der Rundfunk- und Fernsehkompetenz der Länder durch den Bund.

Die Kulturhoheit und die hier betroffenen Kompetenzen fallen unter die "bewußten Einweisungen in einen Verantwortungsbereich". ²⁾ Es kann sich deshalb bei dieser Entziehung nicht um eine Prägung oder Verdeutlichung staatlicher Zuständigkeiten handeln, ³⁾ sondern nur um eine Norm mit Eingriffscharakter. Für diesen Fall sind die Erfordernisse für Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit besonders streng.

Sollte der Bund z.B. ein eigenes TV-Programm ausstrahlen wollen, so wäre jedenfalls der völlige Entzug zu diesem Zweck nicht gerechtfertigt und damit verfassungswidrig.

b) Bei einem nur teilweisen Entzug der Kompetenzen lassen sich drei Fälle je nach der Motivation unterscheiden. Möchte der Bund ein Rundfunk- und Fernsehprogramm speziell für Sendungen ins Ausland, um dort das Verständnis für die deutschen Probleme und Ziele zu wecken,

1) Für das Verhältnis Staat-Bürger läßt sich die Garantie nach dem gleichen Verfahren feststellen. Hier liegt ein Konflikt zwischen der durch Art. 20, I (Sozialstaatlichkeit) ermächtigenden Eingriffskompetenz des Staates und der durch Art. 1, I geschützten Menschenwürde des Einzelnen vor.

2) zu diesem Kompetenzverständnis siehe oben S. 61 Anm. 2

3) Unter diesem Gesichtspunkt ließen sich aber die Zuständigkeiten am Festlandsockel zentralisieren.

so steht ihm dieses Recht nach Art. 32, I zu, ¹⁾ wenn er im übrigen die Landeszuständigkeiten unangetastet läßt. Sollten die Länder anderer Ansicht sein, so wäre eine entsprechende Einfügung in die Verfassung nur eine Klarstellung und die Grundsätze des Übermaßverbotes nicht anwendbar. Sollten sich aber bei der Art der Materie außenpolitische und innenpolitische Auswirkungen nicht trennen lassen, so würde die entsprechende Zuweisung an den Bund als konkurrenzlösende Norm aufzufassen sein. In diesem Falle würde das Übermaßverbot nur sehr eingeschränkt gelten, so daß eine Verfassungswidrigkeit im vorliegenden Fall abzulehnen wäre.

Schließlich wäre auch die Erfüllung eines Mißbrauchsstatbestandes in diesem Zusammenhang vorstellbar. Wenn eine Landesregierung ihre Rundfunk- und Fernsehanstalten in eigene Regie nähme und zur Meinungs- und Informationsmanipulation mißbrauchen würde, läge ein Verstoß gegen Art. 5 vor.

Der Bund wäre berechtigt, die Regie vorübergehend an sich zu ziehen, bis ein der Verfassung entsprechendes organisatorisches Verhältnis gefunden wäre, das derartige Mißbräuche verhindert. Ein Entzug der betreffenden Rundfunkwellen und eine eigene Ausstrahlung von Sendungen wäre auch in diesem Fall wegen des Übermaßverbots verfassungswidrig.

c) Auch bei diesem Verfahren kann auf Wertentscheidungen nicht vollständig verzichtet werden. Aber gerade die Anwendung der Grundsätze des Übermaßverbotes im Einzelfall zeigt deutlich den Fortschritt gegenüber einer unmittelbaren Argumentation, die unmittelbar aus einem bestimmten Verständnis des Bundesstaates heraus eine Güterabwägung vornehmen muß. Weil der überkommene juristische Bundesstaatsbegriff und auch die gegenwärtigen Lösungsversuche nicht ausreichen, um die Föderativ-

1) Man könnte diese Zuständigkeiten insoweit als Annex zu Art. 32, I betrachten. Siehe oben S. 51.

klausel "justiziabel" zu machen, d.h. ihren materialen Kern in eine Form zu gießen, die zulässige und unzulässige Veränderungen zweifelsfrei offen legt, ist auch hier das Anlegen der formalen Strukturen des Übermaßverbotes geboten.¹⁾ Sie legen nicht unmittelbar den Wesenskern des grundgesetzlichen Bundesstaates frei, aber sie ermöglichen doch die drängendsten praktischen Probleme zutreffend zu entscheiden.

1) Ähnliche Überlegungen bei Lerche zum Rechtsstaatsbegriff, S.54 f.

§ 5 Grenzen des Art. 79,III

Es könnte aber Situationen geben, in denen auch die Werte des Art. 79,III angetastet werden dürfen, und die deshalb die Geltung der Bestandsgarantie zu beschränken vermögen.

I. Staatsnotrecht und Art. 79,III

In diesem Zusammenhang ist insbesondere das Staatsnotrecht bedeutsam. Darunter sollen hier diejenigen Normen verstanden werden, die versuchen, existenzielle Gefahren abzuwehren, die den Bestand des Staates oder die öffentliche Sicherheit und Ordnung von außen her bedrohen. ¹⁾

Da das Problem durch die Einfügung einer "Notstandsverfassung" in das GG ²⁾ besonders aktuell geworden ist, soll die Frage an dem Beispiel des Art. 115 c erläutert werden.

Art. 115 e, I lautet:

"Der Bund hat für den Verteidigungsfall das Recht der konkurrierenden Gesetzgebung auch auf Sachgebieten, die zur Gesetzgebungszuständigkeit der Länder gehören. Diese Gesetze bedürfen der Zustimmung des Bundesrates."

Ist dieser Artikel im Hinblick auf die Zentralisation der Gesetzgebungskompetenz mit dem GG vereinbar? ³⁾

1) Lerche, S.302; Folz, S.31, 28; damit scheidet die Problematik eines ungeschriebenen oder übergesetzlichen Notrechtes aus der Betrachtung aus.

2) 17. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968 (BGBl I, 709 ff).

3) Es soll mit der h.M. davon ausgegangen werden, daß die Einfügung einer "Notstandsverfassung" in das GG nur ein verfassungsänderndes Gesetz (Art. 79,I und II) verlangt, nicht aber eine Teilrevision, die nur der Verfassungsgeber vornehmen darf.

1. Bindung der Notstandsregelungen an Art. 79,III

a) Zur Zeit des Positivismus wurde jede Art von Notrecht abgelehnt, welches bestehendes Verfassungs- oder Gesetzesrecht durchbrechen können sollte. Man glaubte darin einen Deckmantel für unzulässige Machtanmaßungen zu erkennen. ¹⁾

Die beiden Weltkriege und die mannigfachen Krisensituationen der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts führten zu einem Meinungsumschwung. Unter der WRV gab der Satz: "Not kennt kein Gebot" die Rechtsauffassung der h.M. zutreffend wieder. Streitig war nur, ob neben dem Art. 48,II WRV noch ein weitergehendes, ungeschriebenes Notrecht bestehe. ²⁾ Schranken für ein positives Notstandsrecht wurden allgemein abgelehnt.

Nur C.Schmitt meinte nach seiner Lehre konsequent, die grundlegenden politischen Entscheidungen des Volkes über seine Existenzform könnten auch nicht zeitweise durch Notstandsmaßnahmen außer Kraft gesetzt werden. ³⁾ Allein die generellen, verfassungsgesetzlichen Normierungen wären einer Suspendierung im Interesse der Aufrechterhaltung der Grundentscheidung zugänglich, da sie ohnehin nur deren Schutz und Vollziehung bezweckten.

b) Unter der Geltung des Grundgesetzes sollte sich eigentlich jede Diskussion über die Grenzen eines geschriebenen oder ungeschriebenen Staatsnotrechtes durch den Hinweis auf Art. 79,III als Positivierung der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung erübrigen. ⁴⁾ Dennoch ist von mehreren Autoren der Standpunkt vertreten worden, zumindest die bundesstaatliche Struktur des Art. 79,III sei gegenüber Maßnahmen, die den Gesamtstaat vor existenzbedrohenden Gefahren schützen wollten, nicht bestandsfest.

1) G.Jellinek, S. 359; G.Meyer, S.25.

2) Gegen ein ungeschriebenes Notrecht insbesondere Thoma, HdbDStR Bd.II, S.231 f; Grau, HdbDStR Bd.II, S.276.

3) C.Schmitt, S.109

4) BVerfG 1,14; Maunz, § 9,III 1 S.54 und speziell für das Staatsnotrecht § 32,II,1 S.303.

Ausdrücklich erkennt Flor ¹⁾ dem Notstandsträger die Kompetenz zur Zentralisation zu, während bei den Grundrechten, soweit sie in den Grundzügen der Art. 1 enthalten seien, eine Suspension unstatthaft sei. Veränderungen im bundesstaatlichen Gefüge sollen allein den allgemeinen Schranken notrechtlicher Maßnahmen unterworfen sein, die sich aus der Zielrichtung des Eingriffs, seiner zeitlichen Begrenzung und dem Gedanken der Verhältnismäßigkeit ergäben. ²⁾

Noch weiter geht Lerche, indem er allein Art. 1, I mit einem gegenüber dem Normalzustand eingeschränkten Begriffsinhalt als unüberschreitbare Grenze notrechtlicher Regelungen ansieht. ³⁾ Bei allen anderen Verfassungsnormen müsse ihr "eigen-Sinn" dem "Funktionssinn der Gesamtverfassung" weichen. Daß darunter auch Art. 79, III fällt, ergibt sich aus Lerches kritischen Bemerkungen gegenüber einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, ⁴⁾ in der Art. 79, III als unverzichtbares Grundprinzip der Verfassung bezeichnet worden war. Lerche ersetzt die absolute Schranke des Art. 79, III durch eine besondere Ausprägung des Übermaßverbotes und sieht die Rechtfertigung der notrechtlichen Eingriffe in ihrer kontinuieratsbewahrenden Funktion. ⁵⁾ Schließlich erkennt auch Hesse ⁶⁾ allein die Bindung an

1) Flor, DVBl 58, 149 f (151)

2) Flor, JR 54, 125 ff (126 f); ebenso im Ergebnis Folz, S. 191 und die folgenden Autoren.

3) Lerche, Übermaß S. 301 ff (306) und Anmerkung 192 auf S. 307; ähnlich auch Evers (AöR 91, 1 f (3)), wenn er allein die elementaren Prinzipien abendländischer Rechtskultur als unantastbar ansieht, während die anderen als wesentlich angesehenen Rechtsgüter nur durch das Übermaßverbot geschützt werden.

4) Lerche, Übermaß S. 306/307 Anm. 191, dort wird der Entscheidung des BVerfG 4, 157 keine wesentliche Bedeutung zugemessen und auch der Rangverschiedenheit der Verfassungsnormen, die in BVerfG 1.14 f (32); 3, 225 f (233) zum Ausdruck kommt im Zusammenhang mit dem Staatsnotstand für unbedeutend gehalten.

5) Lerche, Übermaß S. 313

6) Hesse, Grundzüge S. 263 f (264); DÖV 55, 741 f (745); JZ 105 f (106).

das Übermaßverbot im Falle des Staatsnotstandes an und bejaht ausdrücklich eine Beseitigung des Bundesstaates. Schon aus dem Sinn des Art. 79,II ergebe sich, daß das Bestehen der Gesamtverfassung der formalen Gültigkeit der dort geschützten Rechtsgüter vorzuziehen sei. Sie dürften deshalb zum Zweck des Schutzes der Gesamtverfassung vorübergehend außer Anwendung gesetzt werden.¹⁾ Die Suspendierung von Teilen der Verfassung um die Gesamtverfassung wieder herzustellen, sei keine Verletzung, sondern eine Verstärkung der normalen Verfassung.²⁾

c) Es ist überraschen, daß sich kaum Widerstand gegen die Konzentration der Gesetzgebungs- und Verwaltungsbefugnisse auf dem Bund durch den Art. 115 c,I erhoben hat.³⁾ Daraus muß der Schluß gezogen werden, daß zumindest der Art. 115 c,I als mit dem GG vereinbar angesehen wird.

Nur der FDP-Entwurf⁴⁾ wollte die generelle Zentralisationsbefugnis des Bundes vermeiden, indem er in Art. 115 d,II nur noch die konkurrierende Zuständigkeit des Bundes auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorsah, während es im übrigen bei der alten Kompetenzverteilung bleiben sollte.

2. Eigener Standpunkt

a) Schon bei der Anwendung des modifizierten Übermaßverbotes ist der generelle Entzug einer eigenständigen Gesetzgebung nicht gerechtfertigt. Zuzugeben ist, daß wesentliche Bereiche der Landesstaatsgewalt im Staatsnotstand eine zentrale Normierung erfordern. Hierzu gehört insbesondere das Gebiet der öffentlichen Sicher-

1) Hesse, DÖV 55,746.

2) Hesse, JZ 60,106.

3) Weder der Bundesrat noch die Redner bei den Anhörungen im Bundestag haben gegen den Art. 115 c,I verfassungsrechtliche Bedenken erhoben.

4) BT Drs. V/2130.

heit und Ordnung, das Staatsschutzrecht und eventuell auch die Finanzhoheit. Unter welchen denkbaren Voraussetzungen der gesamte Kulturbereich, das Schul- und Kirchenrecht usw. der selbständigen Landesregelung entzogen werden müssen, ist nicht einzusehen. Schon bei der Anwendung des Übermaßverbotes, zu dessen Geltung während des Notstandes sich die meisten Autoren bekannt haben, zeigt sich, daß allenfalls eine enumerative Übertragung der für den Notstand wichtigen Kompetenzen zulässig ist. Dabei müßte auch geprüft werden, ob nicht bei einigen Materien die gegenüber der konkurrierenden Zuständigkeit weniger einschneidende Form der Bundesrahmenkompetenz ausreicht.

b) Ganz entschieden ist aber auch der Auffassung entgegenzutreten, im Staatsnotstand sei zum Zwecke der Sicherung der Gesamtverfassung alles erlaubt, was angemessen und erforderlich sei.

Art. 79,III stellt in allen seinen Bestandteilen die verfassungsrechtliche Grundentscheidung und damit alle zu schützenden Werte abschließend fest. Da es weder gleichwertige noch den Art. 79,III übergeordnete Rechtswerte in der Verfassung gibt, ist es unzulässig, diese Grundwerte zugunsten der "Gesamtheit des Grundgesetzes" aufzugeben. Auch wenn dies nur vorübergehend erfolgt, sind entsprechende Eingriffe niemals gerechtfertigt, sondern lassen sich allenfalls entschuldigen. Aus dem gleichen Grunde lassen sich auch nicht einzelne Werte des Art. 79,III gegeneinander abwägen.

Gerade die Entstehungsgeschichte zeigt, daß die ursprünglich vorgenommene Differenzierung der bundesstaatlichen Ordnung gegenüber den Grundsätzen des Art. 1 und 20 aufgegeben worden ist.¹⁾ Alle Versuche, diese Gleichsetzung rückgängig zu machen, wollen die positive Verfassungsentscheidung ihren subjektiven Wünschen beugen.

Auch gesetzliche Regelungen des Notstandes sind daher an Art. 79,III in seinem gesamten Umfang gebunden.

1) siehe S. 28 f.

c) Der Art. 115 c, I verletzt auch den Kernbereich der Landesstaatlichkeit wie wir ihn oben ¹⁾ bestimmt haben. Wenn Hamann ²⁾ einen Verstoß gegen Art. 79, III A, a bei einer Zentralisierung der Gesetzgebungszuständigkeiten als "unbedenklich" ablehnt, dann kann das nur aus einer unbedenklichen Übernahme der Jellinekschen Teilstaatstheorie ³⁾ herrühren. Nach der h.M. wird eine eigenständige Gesetzgebung als wesentliches Merkmal einer originären Staatsgewalt und damit als Essentiale des Staatscharakters angesehen.

Da es sich um eine Regelung handelt, die nur für den Verteidigungsfall (Art. 115a) gelten soll, liegt rechtstheoretisch kein völliger Entzug, sondern nur eine Suspendierung ⁴⁾ der landeseigenen Gesetzgebungskompetenz vor. Ein nur vorübergehender Entzug der originären Hoheitsgewalt beseitigt aber nicht unter allen Umständen die Staatseigenschaft wie die occupatio bellica im Völkerrecht beweist. ⁵⁾

Ob dieser völkerrechtliche Satz auf staatsrechtliche Verhältnisse übertragen werden darf, ist schon deshalb zweifelhaft, weil er Ausdruck eines im innerstaatlichen Bereich nicht geltenden Kontinuitätsgrundsatzes ist. Auf jeden Fall wird eine Suspendierung von Grundrechten immer als Eingriff in ihren Wesensgehalt angesehen. Gegen eine entsprechende Anwendung dieser Lehre auf das Bund-Länder-Verhältnis bestehen nach unseren Ausführungen unter § 4, II, 2 keine Bedenken, so daß jedenfalls die Staatlichkeit der Länder durch den Art. 115 c, I "berührt" wird. ⁶⁾

1) siehe § 3, II, 4. S. 57.

2) Hamann, DVB1 58, 409 Anm. 27

3) siehe oben S. 63 Anm. 1

4) zum Begriff C. Schmitt, Verfassungslehre S. 111

5) h.M. siehe etwa Dahm, S. 90.

6) Da hier die generelle Zuständigkeit auch formell zugunsten des Bundes begründet wird, ist sogar nach der Auffassung von Bleibaum der Wesensgehalt angestastet. Siehe oben S. 82/83.

II. Wiedervereinigung und Art. 79,III

Abschließend sollen die Fragen erörtert werden, die sich aus einer eventuellen Wiedervereinigung und der Gültigkeit des Art. 79,III ergeben.

1. Das Wiedervereinigungsgebot des Grundgesetzes

Nach h.M. ¹⁾ enthält das Grundgesetz ein Gebot, die Wiedervereinigung Deutschlands herbeizuführen. Zwar besteht Streit, ob sich das Wiedervereinigungsgebot jeweils allein aus der Präambel oder Art.146 ergibt, ²⁾ oder nur aus einer Kombination des letzten Satzes der Präambel mit Art. 146. ³⁾ Aber diese Streitfrage ist im Zusammenhang mit unserer Untersuchung ebenso wie der genaue territoriale und personale Umfang ⁴⁾ des Wiedervereinigungsgebotes unerheblich.

Entscheidend ist, daß beide Artikel gültige Verfassungsbestimmungen sind ⁵⁾ und sich deshalb die Frage nach der Verbindlichkeit des Art. 79,III auch für eine Gesamtdeutsche Verfassung stellt.

2. Verbindlichkeit des Art. 79,III für eine Gesamtdeutsche Verfassung.

Die Rechtsfolgen sind gesondert nach den verschiedenen Vorgängen zu behandeln, aus denen eine Wiedervereinigung resultieren kann.

-
- 1) A.A. Zinn, AöR 75, 295; Draht, AöR 83,34 und wohl auch Apelt NJW 49,481.
 - 2) allein auf die Präambel berufen sich u.a. BVerwG DÖV 61,25; BGH NJW 64,1083; Giese-Schunck, Erl.III,1 zur Präambel; Hamann, Komm.S.59 Anm.4; allein auf Art. 146 BVerfG 5,15,126; BVerwG DÖV 61,25 Hamann, Art. 146 Anm. B,1;
 - 3) Seifert-Geeb, IA,10 Art. 146 S.204; K.Weber, S.53/54 m.w.N.; Hoffmann, Deutsche Frage S.116 f.
 - 4) Dazu Hoffmann, Deutsche Frage S.109f; K.Weber, S.70f.
 - 5) Bedenken sind in diesem Zusammenhang geäußert worden von Ipsen, Grundgedanken S.28; derselbe Recht, Staat, Wirtschaft Bd.II S.194; Scheuner, Recht, Staat, Wirtschaft, Bd.III S.126 ff.

a) Art. 146 hat eine Nationalversammlung im Auge, die eine neue Verfassung originär beschließt.¹⁾ Mit dem Wortlaut dieser Bestimmung ist aber auch eine Volksabstimmung über einen Verfassungsentwurf vereinbar.²⁾

Da eine freie Entscheidung des Volkes in Art. 146 gefordert wird, müssen alle besatzungsrechtlichen Beschränkungen und Auflagen unterbleiben. Von einer überwiegenden Meinung wird auch noch ein demokratisches Wahlverfahren gefordert.³⁾

Falls diese Voraussetzungen erfüllt sind, tritt das gesamte Grundgesetz einschließlich des Art. 79, III außer Kraft.⁴⁾ Da es sich hier um ein Tätigwerden des pouvoir constituant handelt, ist die Rechtsfolge unproblematisch. Streitig ist nur, inwieweit auch der Verfassungsgeber an überpositives Recht gebunden ist.⁵⁾ Da jedenfalls der Bundesstaat nicht zu diesen Grundsätzen gehört,⁶⁾ wäre auf diesem Wege die Schaffung eines deutschen Zentralstaates zulässig.

b) Auch durch den Beitritt der anderen Teile Deutschlands zur BRD (Art. 23 Satz 2) wäre das Wiedervereinigungsgebot erfüllt.⁷⁾ Für diesen Fall wird die Auffassung vertreten, daß das Grundgesetz zur Gesamtdeutschen Verfassung erstarke und es einer Entscheidung des Volkes gemäß Art. 146 nicht mehr bedürfe.⁸⁾

1) vM-K S.668; Giese-Schunk, Art.146 Erl.II,2; W.Weber, Gesamtdeutsche Verfassung S.25/26; Klein, Gedächtnisschrift für W.Jellinek S.132; Henke, Verfassungsgebende Gewalt S.36; Abendroth EA 51,4388.

2) K.Weber, S.120 m.w.N.

3) Dennewitz in BK Art. 146 II; v.Winterfeld, EA 56, 9212; K.Weber, S.116.

4) Dennewitz in BK Art. 146 II; Harbich, S.99; v.M. S.429; M-D Art.79 Rdnr.26; Pathe, DVBl 51,681 Anm.1; H.H.Weber, S.171; Zülch, S.28 f,122,128; siehe auch den ARA in JÖR NF 1,925; Hoffmann, Deutsche Frage, S.124.

5) siehe dazu oben S.6 Anm.1; zur h.M. vergleiche etwa M-D Art.79 Rdnr.25 m.w.N.; BVerfG 3,232 ff.

6) Ehmke, Grenzen S.100.

7) vM S.49; Küchenhoff, NJW 60,224; Klein, Gedächtnisschrift für W.Jellinek S.124; M-D Art.23 Rdnr.37; W.Weber, Gesamtdeutsche Verfassung S.6; Groß, DVBl. 57,88; K.Weber, S.99f(103); Hoffmann, Deutsche Frage, S.18f.

8) Klein, Gedächtnisschrift für W.Jellinek S.131; Maunz, DÖV 53,647/648; Scheuner, DÖV 53,581; Hamann, Art.146 S.507.

Diese Auffassung beachtet aber nicht, daß die Präambel die Intentionen des Verfassungsgebers wiedergibt und deshalb zur Auslegung von Verfassungsbestimmungen herangezogen werden darf.¹⁾ In der Präambel wird das GG zur Übergangsverfassung bis zur Wiedervereinigung erklärt. Daraus hat die h.M.²⁾ richtig für Art.146 neben dem Wiedervereinigungsgebot noch eine weitere Verpflichtung abgeleitet: Die Verfassungsorgane der BRD müssen dem gesamten deutschen Volk als pouvoir constituant die Möglichkeit geben, eine Verfassung aktiv zu schaffen oder plebiszitär darüber abzustimmen. Dabei kann das GG in unveränderter Form aber auch eine völlig andere Verfassung angenommen werden, entscheidend ist nur die Tätigkeit des Volkes als Verfassungsgeber.

c) Auch die anderen denkbaren Möglichkeiten,³⁾ die zu einer faktischen Vereinigung des deutschen Volkes führen können, machen Art.146 nicht unanwendbar. Wenn z.B. durch die "Übertragung" von Hoheitsrechten auf eine supranationale Gemeinschaft (Art. 24,I) die Wiedervereinigung erreicht werden sollte,⁴⁾ dann sind die Verfassungsorgane der BRD bei diesen Bemühungen an Art. 79,III gebunden.⁵⁾ Bei dem anschließenden verfassungsgebenden Akt nach Art. 146 ist das Volk aber von den rechtlichen Schranken des Art. 79,III befreit.

Am Ende eines jeden Wiedervereinigungsverfahrens, das sich im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung hält, steht also ein verfassungsgebender Akt des gesamten deutschen Volkes aufgrund der Ermächtigung des Art. 146.

Allein Art. 146 kann daher als eine echte Geltungsschranke für die "Ewigkeitsgarantie" des Art. 79,III angesehen werden.

1) Hoffmann, Deutsche Frage, S. 117.

2) Abendroth, EA 51,4388/4389 und AöR 76,7f Anm.17; Seifert-Geeb, IA 10, Art.146 S.204; K.Weber, S.124 m.w.N.K.Weber hat aber die oben genannten Autoren mißverstanden, wenn er meint, sie forderten eine völlig neue Verfassung; darüber sagen sie gar nichts aus.

3) Hoffmann, Deutsche Frage S.115 ff.

4) Hoffmann, Deutsche Frage S. 125 f; Menzel, Bl für dt. und int. Politik 1959,714; K.Weber, S. 127 f.

5) BVerfG 4,157f (170); Glaesner, DÖV 59,653; Hoffmann, DÖV 67,437 u. Deutsche Frage S.127; Schlochauer, AV 11, 25 Anm.11.

Zusammenfassung

1. Art. 79,III ist eine gültige Verfassungsvorschrift. Sie ist für den pouvoir constitué unabänderlich, nur der pouvoir constituant ist an ihre Entscheidungen nicht gebunden.

2. Durch die Föderativklausel des Art. 79,III werden die Länder als Personal- und Territorialkörperschaften garantiert mit Verfassungsautonomie, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungskompetenzen in Aufgabenbereichen, die noch eigenständige Entscheidungen ermöglichen. Darüber hinaus haben sie das Recht, an der Gesetzgebung des Bundes mitzuwirken.

Es erscheint gerechtfertigt, diese Gebilde als Staaten im Sinne des Staatsrechts oder als Gliedstaaten zu bezeichnen.

3. Die Ausübung der Kompetenzhoheit durch den Bund ist an das Übermaßverbot gebunden, wobei die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit je nach der Intensität und Zielrichtung des Eingriffs unterschiedlich stark wirken.

4. Art. 79,III bindet die gesamte staatliche Tätigkeit auch hinsichtlich des Staatsnotstandes. Nur der in Art. 146 vorgesehene verfassungsgebende Akt des gesamten deutschen Volkes ist von einer Bindung an Art. 79,III frei.

L e b e n s l a u f

Am 31.8.1940 bin ich als Sohn des Röntgenfacharztes Dr. med. Hellmut Elgeti und seiner Ehefrau Marie-Luise, geb. zur Nedden, in Berlin geboren.

Ich besuchte 1947 ein Jahr lang die Volksschule in Neuho/Harz, anschließend die Freie Waldorfschule in Hannover. 1954 wurde ich auf das humanistische Kaiser-Wilhelm-Gymnasium umgeschult und bestand dort am 18.2.1961 das Abitur.

Vom 4.4.1961 bis zum 31.3.1962 erfüllte ich meine Wehrpflicht und wurde nach einigen Reserveübungen in den Semesterferien am 23.10.1964 zum Leutnant der Reserve ernannt.

Seit dem Sommersemester 1962 studierte ich Jura an den Universitäten von Marburg und Berlin. Nach acht Semestern meldete ich mich zum Examen und legte am 14.11.1966 die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Frankfurt ab.

Vom 4.12.1966 bis zum 31.12.1967 war ich Assistent bei Professor Dr. Gerhard Hoffmann. In dieser Zeit hatte ich mich vorwiegend mit staats- und völkerrechtlichen Fragen zu beschäftigen.

Seit dem 1.1.1968 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Hessen und bin dem Landgericht in Marburg zur Ausbildung zugewiesen.

